

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

JOICE BOAZ RODRIGUES

PODER DISCIPLINAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A
inconstitucionalidade da penalidade de cassação de aposentadoria dos servidores
públicos federais

São Luís
2016

JOICE BOAZ RODRIGUES

PODER DISCIPLINAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A
inconstitucionalidade da penalidade de cassação de aposentadoria dos servidores
públicos federais

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Lucyléa Gonçalves
França

São Luís
2016

RODRIGUES, Joice Boaz.

Poder disciplinar da Administração Pública : a inconstitucionalidade da penalidade de cassação de aposentadoria dos servidores públicos federais / Joice Boaz Rodrigues. - 2016.

83 f.

Orientadora: Prof. Doutora Lucyléa Gonçalves França.

Monografia (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2016.

1. Direitos e garantias fundamentais. 2. Inconstitucionalidade da penalidade. 3. Poder Disciplinar. I. FRANÇA, Lucyléa Gonçalves. II. Título.

JOICE BOAZ RODRIGUES

PODER DISCIPLINAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A
inconstitucionalidade da penalidade de cassação de aposentadoria dos servidores
públicos federais

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: / /

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Lucyléa Gonçalves França (Orientadora)

Universidade Federal do Maranhão

Prof.^a Esp. Eliana Lima Melo Rodrigues (Examinadora)

Universidade Federal do Maranhão

Prof.^o Mestre Aleksandro Rahbani Aragão Feijó (Examinador)

Universidade Federal do Maranhão

Dedico este trabalho monográfico à
minha família, razão de tudo.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus pelo dom da vida permitindo-me fazer de cada dia uma oportunidade para aprender e saber valorizar tudo o que me tem acontecido. E a Ele agradeço por ter me concedido o meu maior presente: minha família.

A meus pais, Teodorico Jonas Vinhas Rodrigues e Dulcenilda de Jesus Boaz Rodrigues, pelo esforço dedicado dia a dia para dar a mim e meus irmãos a possibilidade de uma vida melhor, nos ensinando os valores que devem permear nossas escolhas e fazendo com que nossa caminhada seja motivada pelo amor que eles nos ensinaram a cultivar.

A meus irmãos, Jordan Boaz Rodrigues e Júlia Boaz Rodrigues, pelas conversas e sorrisos compartilhados, e, principalmente, por me ensinarem o verdadeiro significado da palavra amigo. Suas presenças fazem com que os dias sejam mais divertidos e os problemas menores.

As minhas tias, Conceição Isabel Vinhas Rodrigues e Graça de Maria Vinhas Rodrigues, que sempre foram, em verdade, como mães, nos fazendo entender o valor de ter nossa família por perto.

Aos meus primos, Alexandre Magno Rodrigues Amorim e Carlos Vinícius Rodrigues Amorim, que com a sua alegria e carinho nos proporcionam maior tranquilidade.

Aos primos- irmãos, Naiane Boaz Costa Leite e Nailson Boaz Costa Leite, que sempre acompanharam a mim e a meus irmãos nos momentos da vida.

As minhas amigas, Adelaide, Dheyne, Mônica e Ivana, pelo presente da amizade, permitindo o compartilhamento de momentos que ao lado delas ficam engrandecidos.

As amigas, Carol e Raquel, que ganhei ao iniciar o curso de Direito e que ao longo da vida acadêmica se mantiveram do meu lado, mantendo uma amizade além dele.

Aos amigos, Dancley, Cássia e Letícia, que encontrei ao iniciar o estágio na área escolhida e que fizeram com que as tardes ao longo desses últimos períodos fossem mais alegres.

A minha orientadora, Lucyléa Gonçalves França, pela ajuda concedida na elaboração do presente trabalho.

“Pois eu bem sei os planos que estou projetando para vós, diz o Senhor; planos de paz, e não de mal, para vos dar um futuro e uma esperança”.

(Jeremias 29; 11)

RESUMO

A finalidade fundamental do Estado é a concretização do interesse público. Desse modo, fincada no princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, a Administração Pública ao exercer sua função administrativa possui prerrogativas como instrumentos para garantir a consecução desse fim. Os poderes administrativos são meios que decorrem do princípio em tela e que devem ser manejados nos limites da sua instrumentalidade, ou seja, em conformidade com o interesse público. No Estado Democrático de Direito, o interesse público caracteriza-se por ser a satisfação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, por conseguinte, os direitos individuais não são antagônicos e dissociados do interesse coletivo, sendo uma dimensão deste. Dessa forma, a conduta violadora de um direito ou garantia fundamental praticada pelo Estado a pretexto do interesse público é um abuso de poder, o que deve ser evitado. O presente trabalho tem como objetivo demonstrar que a penalidade de cassação de aposentadoria do servidor ocupante de cargo público efetivo, que em âmbito federal está prevista nos artigos 127, IV e 134 da lei n. 8112/90, é, nesse sentido, uma ilegalidade perpetrada pelo Poder Público em razão de ser uma extrapolção dos limites do poder disciplinar que a Administração Pública dispõe para punir aqueles com os quais mantêm vínculo especial. Para tanto, foi utilizado o método dedutivo de abordagem, bem como a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, na qual foi abordada a função administrativa do Estado e os princípios jurídicos que devem ser utilizados pela Administração Pública ao exercer referida função, perpassando ao estudo dos poderes administrativos. Em especial foi realizada uma análise da referida sanção, demonstrando sua origem e incompatibilidade com os preceitos da ordem jurídica brasileira atual. Foram juntadas decisões judiciais como forma de elucidar como essa matéria ainda não foi harmonizada pelos aplicadores do Direito, o que acarretou a propositura da ADI 4882. Conclui pela inconstitucionalidade da referida sanção administrativa em razão de ser incompatível com o regime previdenciário contributivo, violando, por conseguinte, o direito fundamental à aposentadoria, o direito adquirido, a moralidade administrativa e a razoabilidade.

Palavras-chave: Poder Disciplinar. Direitos e garantias fundamentais. Inconstitucionalidade da penalidade.

ABSTRACT

The fundamental purpose of the State is the realization of the public interest. Thereby, embodied on the principle of supremacy of public interest over the private interest, the public administration when executing its administrative function has prerogatives as tools in order to achieve that end. The administrative powers are the means which flow from the principle on screen and should be handled within its instrumentality, in other words, in accordance with public interest. In the Democratic State of Law, the public interest is characterized to be the satisfaction of fundamental rights and guarantees of citizens, therefore, individual rights are not antagonistic and dissociated from the collective interest, but a dimension of this. Thus, the violator conduct of a right or fundamental guarantee executed by the State under the guise of public interest is an abuse of power, which should be avoided. This study aims to demonstrate that the penalty of retirement cassation for a active occupant public office server, which by federal level is provided for in Articles 127, 134 and IV of Law No. 8112/90, it is, accordingly, a illegality perpetrated by the State due to be an extrapolation of limits disciplinary power that the Public Administration has to punish those with which maintain special bond. Therefore, the deductive approach method has been used, as well as bibliographic and jurisprudential research, in which was addressed the administrative function of the state and the legal principles to be used by Public administration in exercising that function, passing to the study of powers administrative. In particular a review of the penalty was carried out, demonstrating its origin and incompatibility with the precepts of the current Brazilian law. Judgments have been joined to elucidate how this matter has not been harmonized by law enforcers, which led to the filing of ADI 4882. Concludes the unconstitutionality of the refered administrative penalty due to be incompatible with the pension contributory scheme, violating therefore the fundamental right to retirement, the right acquired, administrative morality and reasonableness.

Keywords: Disciplinary power. Fundamental rights and guarantees. Unconstitutionality of the penalty.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	DIREITO ADMINISTRATIVO E REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO 13	
2.1	DIREITO ADMINISTRATIVO	13
2.2	REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO	17
2.3	PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS	22
3	PODERES ADMINISTRATIVOS	28
3.1	INTRODUÇÃO	28
3.2	PODER NORMATIVO	32
3.3	PODER DE POLÍCIA	33
3.4	PODER HIERÁRQUICO	36
3.5	PODER DISCIPLINAR	37
4	PODER DISCIPLINAR SOBRE OS DETENTORES DE CARGO PÚBLICO FEDERAL: A INCONSTITUCIONALIDADE DA PENALIDADE DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS	40
4.1	REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES ESTATUTÁRIOS FEDERAIS .	40
4.2	ORIGEM DA PENALIDADE DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS	47
4.3	VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À APOSENTADORIA	49
4.4	VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA	56
4.5	VÍNCULO ADMINISTRATIVO E VÍNCULO PREVIDENCIÁRIO	59
4.6	VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E RAZOABILIDADE 62	
4.7	POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A ADI 4882	70
5	CONCLUSÃO	77
	REFERÊNCIAS	80

1 INTRODUÇÃO

No Estado Democrático de Direito - cujas bases foram lançadas no século XVIII fundamentadas principalmente pelos ideais do liberalismo, iluminismo e constitucionalismo - a atuação estatal deve ser regida pela satisfação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão que, por sua vez, caracteriza o interesse público, objetivo precípua do Estado.

Nesse sentido, os direitos e garantias fundamentais são, além de finalidade fundamental, limites para a atuação estatal, tendo em vista que a conduta do Poder Público deve ser realizada com o intuito de garantir o equilíbrio entre os diferentes direitos que são postos diuturnamente em conflito, sem que para isso ocorra a violação ou até mesmo extinção destes, devendo haver somente uma limitação que não seja ensejadora de danos ao patrimônio jurídico do particular.

Nesse liame, a função administrativa do Estado exercida pela Administração Pública em sentido estrito deve fundamentar-se na concretização dessa finalidade e, para tanto, em razão do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, são concedidas prerrogativas ao Poder Público como instrumentos para viabilizar tal preceito, sendo os poderes administrativos uma das manifestações desse princípio.

O poder disciplinar da Administração Pública é o poder que permite a apuração de infrações e a aplicação de penalidades ao particular que mantém vínculo especial com o Estado, como é o caso dos servidores públicos. Esse vínculo decorre da relação hierarquizada entre os mesmos em razão de ser a forma por meio da qual a Administração realiza sua organização administrativa e da qual decorre o dever de obediência do servidor que, se violado, ensejará a punição disciplinar do agente.

Em âmbito federal, o regime disciplinar do servidor público é regido pela lei nº 8112/90, que prevê como penalidades a advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão e destituição de função comissionada.

O objetivo desse trabalho é, através de revisão bibliográfica, demonstrar que a penalidade de cassação de aposentadoria dos servidores ocupantes de cargos públicos efetivos federais aplicada àqueles que praticaram, quando em atividade, conduta punível

com demissão, tornou-se inconstitucional nos moldes do ordenamento jurídico vigente, pois não acompanhou as alterações trazidas pelas emendas constitucionais 03/1993, 20/1998 e 41/2003 que transformaram a aposentadoria do servidor em benefício previdenciário.

Conforme será tratado mais aprofundadamente no decorrer do trabalho monográfico, a aposentadoria do servidor público era um prêmio concedido pelo Estado em razão do tempo que o agente dedicou ao serviço público e cujos proventos eram assumidos pelo Poder Público, não existindo, portanto, contraprestação pecuniária paga pelo agente. A penalidade tinha como fundamento extinguir a relação jurídica administrativa entre o servidor e o Estado, que se entendia perpétua, ocorrendo apenas a mudança de seu estado funcional de ativo para inativo.

Entretanto, com a implementação das emendas constitucionais já mencionadas, a natureza jurídica da aposentadoria do servidor público foi alterada para benefício previdenciário, que se funda na relação guiada pelos princípios e regras que regem o Direito Previdenciário, sendo a principal delas a contributividade, ou seja, para que o segurado tenha direito à cobertura previdenciária é necessário que, dentre outros requisitos, realize o pagamento das contribuições previdenciárias, prestação pecuniária compulsória cobrada pelo Estado e que tem finalidade vinculada, qual seja, a despesa com a seguridade social.

Dessa forma, a penalidade de cassação de aposentadoria do servidor ocupante de cargo público tornou-se incompatível com o regime previdenciário contributivo, sendo uma manifesta extrapolação do Poder Disciplinar da Administração Pública que, a pretexto de realizar o interesse público, ao aplicar sanção ao mau serviço prestado pelo ex- agente público, viola o direito à aposentadoria, a segurança jurídica, a moralidade administrativa e a razoabilidade.

Como já mencionado anteriormente, é dever do Estado concretizar o interesse público, porém essa finalidade não será alcançada se da atuação estatal decorrer violação aos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Para tanto, foi utilizado o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica, através de livros, artigos científicos e revistas jurídicas, em especial as publicações de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Wilbran Schneider Borges Junior, Bruno Sá Freire Martins e Mauro Roberto Gomes de Mattos sobre o assunto, bem como a pesquisa jurisprudencial para ilustrar as decisões conflituosas sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da pena.

A abordagem do tema foi dividida em três capítulos principais.

No primeiro foi realizada a conceituação do Direito Administrativo com o intuito de definir seu objeto central, bem como quais são os princípios e regras que devem ser observados pelos aplicadores do Direito ao tratarem das matérias afeitas à disciplina, tratando, portanto, do regime jurídico administrativo e os preceitos que deste decorrem. No segundo capítulo foi feita análise sobre os poderes administrativos, dedicando-se aos aspectos gerais e as especificidades de cada poder, demonstrando a vinculação existente entre os poderes hierárquico e disciplinar.

E, por fim, foi abordada, em especial, a penalidade de cassação de aposentadoria dos servidores públicos, trazendo sua origem e fundamento, apresentando as emendas constitucionais que culminaram na alteração da natureza jurídica da referida sanção e expondo os argumentos, de forma detida, sobre os motivos que demonstram que a aplicação da mesma viola o direito fundamental à aposentadoria, segurança jurídica, moralidade administrativa e razoabilidade. Ademais, foram juntadas decisões judiciais com o intuito de elucidar que a matéria ainda não se encontra sedimentada no Judiciário brasileiro, sendo objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (Anfip) e que ainda aguarda julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

2 DIREITO ADMINISTRATIVO E REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

2.1 DIREITO ADMINISTRATIVO

Segundo o dicionário Michaelis, administrar significa exercer; ajudar, auxiliar; dar, subministrar, ministrar; gerir, governar, reger.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que há duas versões para a origem da palavra administração (2014, p. 49):

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007:59) indica duas versões para a origem do vocábulo **administração**. Para uns, vem de **ad** (preposição) mais **ministro, as, are** (verbo), que significa servir, executar; para outros, vem de **ad manus trahere**, que envolve ideia de direção ou gestão. Nas duas hipóteses, há o sentido de relação de subordinação, de hierarquia. O mesmo autor demonstra que a palavra administrar significa não só prestar serviço, executá-lo, como, outrossim, dirigir, governar, exercer a vontade com o objetivo de obter um resultado útil; e, que até, em sentido vulgar, administrar quer dizer traçar programa de ação e executá-lo.

Seguindo a conclusão da supracitada autora, o conceito de administração engloba tanto a atividade de planejar, dirigir, quanto a atividade de executar, concretizar (DI PIETRO, 2014).

Nesse sentido, observa-se a dificuldade de definir o objeto do Direito Administrativo, tendo em vista que o vocábulo abrange duas funções distintas do Estado: a de governar e a de administrar em sentido estrito.

Primeiramente, é importante trazer o conceito de Estado, que segundo Fernanda Marinela (2010, p. 15-16):

O Estado, sob o prisma constitucional, é pessoa jurídica territorial soberana; é uma nação politicamente organizada, dotada de personalidade jurídica própria, sendo pessoa jurídica de direito público que contém seus elementos e três poderes. [...] O Estado é composto de três elementos originários e indissociáveis: o **povo**, que representa o componente humano; o **território**, que é a sua base física, e o **governo** soberano, que é o elemento condutor do Estado, que detém e exerce o poder absoluto de autodeterminação e auto-organização, emanado do povo. Não se admite um Estado independente sem soberania, isto é, sem esse poder **absoluto, indivisível e incontestável** de organizar-se e de conduzir-se, segundo a vontade livre de seu povo e de fazer cumprir as suas decisões, inclusive pela força, se necessário.

A divisão de poderes do Estado, como é vista atualmente, decorreu da teoria de Montesquieu, no livro O Espírito das Leis (1748). Tal concepção teve sua origem durante os movimentos liberais do século XVIII que tinham como objetivo pôr fim ao

absolutismo, estrutura política em que o rei, o soberano, detinha todos os poderes do Estado, o que, conseqüentemente, impingia aos cidadãos arbitrariedades e tirania. Dessa forma, o que se buscava era trazer limites ao poder para garantir a observância dos direitos dos particulares. Para Montesquieu (1869 apud DE MELLO, 2013, p. 32):

[...] é uma experiência eterna a de que todo homem que tem poder tende a abusar dele; ele vai até onde encontra limites. Quem o diria! A própria virtude tem necessidade de limites. Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder. E logo adiante: “Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não há liberdade, porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado façam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não há liberdade se o poder de julgar não está separado do poder legislativo e do executivo. Se ele estivesse confundido com o poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se ele estivesse confundido com o poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo de principais, nobres ou povo, exercessem estes três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar as questões dos particulares”.

Fundamentado nessa teoria e as demais produzidas durante o período em comento, o Estado Absoluto deu lugar ao Estado de Direito, no qual o poder exercido é limitado por uma ordem jurídica que estabelece não somente limites ao Estado como aos cidadãos.

O poder, que é uno, indivisível e indelegável, é dividido em três funções: legislativa, judiciária e executiva. Cada uma delas sendo exercida de forma típica por um órgão específico. Diz-se que é exercida de forma típica, pois não se trata de uma separação que permita somente o exercício exclusivo de determinada função por um órgão. A própria Constituição permite que em certas situações determinado órgão realize atipicamente uma atribuição que seria de outra entidade. Um exemplo na Constituição brasileira é o julgamento de crime de responsabilidade pelo Poder Legislativo. Nesse caso, o poder em comento exerce, em razão de autorização constitucional, uma função típica do Poder Judiciário que é, em linhas gerais, de julgar os conflitos aplicando o Direito.

Nesse seguimento, a função legislativa caracteriza-se por produzir atos normativos gerais e abstratos que criam direitos e obrigações. Por sua vez, a função do Judiciário é a de jurisdição, o que configura a resolução dos conflitos ocorridos em sociedade, aplicando as leis criadas pelo Legislativo. Por fim, a função executiva ou administrativa caracteriza-se por concretizar a atividade do Estado, dando fiel execução

as leis. Maria Sylvia Zanela Di Pietro, fundamentada na obra de Renato Alessi, assim resumiu (2014, p. 51):

- a) a **legislação** é ato de produção jurídica **primário**, porque fundado única e diretamente no poder soberano, do qual constitui exercício direto e primário; mediante a lei, o Estado regula relações, permanecendo acima e à margem das mesmas;
- b) a **jurisdição** é a emanção de atos de produção jurídica **subsidiários** dos atos primários; nela também o órgão estatal permanece acima e à margem das relações a que os próprios atos de referem;
- c) a **administração** é a emanção de atos de produção jurídica **complementares**, em aplicação concreta de produção jurídica primário e abstrato contido na lei; nessa função, o órgão estatal atua como parte das relações a que os se referem, tal como ocorre nas relações de direito privado. A diferença está em que, quando se trata de Administração Pública, o órgão estatal tem o poder de influir, mediante decisões unilaterais, na esfera de interesses de terceiros, o que não ocorre com o particular. Daí a posição de superioridade da Administração na relação de que é parte.

Além dessa clássica divisão de funções, o Estado abarca ainda outra: a função de governar. Dessa, o Estado, fundamentado primordialmente na Constituição, define seu plano de ação, ou seja, estabelece seus fins, influenciando as demais funções integrantes do Poder. Conforme Renato Alessi (1970, apud DI PIETRO, 2014, p. 52):

A função política ou de governo, “que implica uma atividade de ordem superior referida à direção suprema e geral do Estado em seu conjunto e em sua unidade, dirigida a determinar os fins da ação do Estado, a assinalar as diretrizes para as outras funções, buscando a unidade da soberania estatal”.

O Direito Administrativo possui seu objeto bem delimitado, que é a função administrativa em sentido estrito, que representa a atividade de executar do Estado. Surgiu como ramo autônomo do Direito, ou seja, com normas e princípios específicos para regular as relações jurídicas que lhes são pertinentes, no século XVIII, com a criação do Estado de Direito, conforme afirma José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 07), “quando o Poder criador do direito passou também a respeitá-lo”.

Entretanto, cabe ressaltar os diferentes critérios que foram utilizados com o objetivo de definir o objeto desse ramo jurídico. Para isso fundamentou-se na doutrina de Fernanda Marinela (2010).

Inicialmente, a Escola do Serviço Público definiu que o Direito Administrativo era o ramo jurídico que realizava somente a prestação do serviço público. Entretanto, tal conceituação não podia prosperar, pois “serviço público” englobava praticamente toda a atuação do Estado, como as atividades econômicas por ele exploradas e, ao mesmo

tempo, não abarcava outras funções próprias da Administração Pública, como é o caso do exercício do poder de polícia (MARINELA, 2010).

Existiu ainda corrente doutrinária que utilizou o Critério do Poder Executivo para conceituar o ramo em questão. A partir dessa teoria, o Direito Administrativo estava coadunado ao Poder Executivo. No entanto, como já dito anteriormente, as funções do Estado não são exclusivamente desempenhadas por um único órgão do poder. Dessa forma, assim como o Poder Executivo exerce outras funções típicas dos outros poderes, estes também realizam função administrativa, o que demonstra a insuficiência do critério utilizado (MARINELA, 2010).

O critério das relações jurídicas afirma que o Direito Administrativo é o conjunto de regras e princípios que regulam as relações entre os administrados e a Administração Pública. Porém essa teoria também possui uma fragilidade, em razão de que os outros ramos do Direito Público igualmente estabelecem normas para delinear as relações envolvendo Estado e particular (MARINELA, 2010).

Em prosseguimento, a doutrina também criou o Critério Teleológico. Desta teoria, conforme Fernanda Marinela (2010, p. 04), “o Direito Administrativo é um sistema de princípios jurídicos que regula as atividades concretas do Estado, para cumprimento de seus fins, na busca do interesse público”.

Pelo critério residual ou negativo, o Direito Administrativo é o ramo jurídico por meio do qual o Estado busca alcançar o interesse público, entretanto, seu estudo deve ser realizado com a exclusão das funções legislativa e judiciária, enfocando-se, portanto, somente na função administrativa (MARINELA, 2010).

No Brasil, a teoria adotada é o Critério da Administração Pública. Conforme os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles (2003, p. 38), o Direito Administrativo é o “conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado”.

Indispensavelmente é necessário explicitar o alcance dessa atuação estatal direta, imediata e concreta para se efetivar os fins do Estado. A função administrativa é direta porque independe de provocação para que a Administração Pública realize seus atos, o que a diferencia da função jurisdicional que necessita do impulso da parte para iniciar o processo. Imediata em razão de não se confundir com a função mediata do Estado, enquanto esta define os fins que devem ser alcançados, aquela executa essas finalidades.

Concreta pelo fato de aplicar as leis aos casos concretos, diferentemente da função legislativa que cria as hipóteses legais.

Por conseguinte, o Direito Administrativo é o conjunto de normas jurídicas que visa alcançar o interesse público, que tem como núcleo a atividade administrativa exercida pela Administração Pública. Esta, por sua vez, é composta por agentes, órgãos e entidades que realizam essa função. Quanto às entidades é necessário ressaltar que se tratam dos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) compondo a Administração Pública Direta e as autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas que compõem, por sua vez, a Administração Pública Indireta.

2.2 REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

Após ter sido delimitado o conteúdo do Direito Administrativo é necessário que se explane sobre os princípios e regras que lhe são peculiares, já que se trata de ramo autônomo do Direito. A esse conjunto de regras e princípios dá-se o nome de regime jurídico administrativo e é através desse regime que é possível compreender os diversos institutos que o compõe. Trata-se de um sistema harmônico e coerente que dita o modo de interpretar as matérias referentes a esse ramo do direito, assim como estabelece o modo de agir da Administração Pública.

Nesse sentido, os princípios ganham importante destaque, pois conforme Celso Antonio Bandeira de Mello (2013, p. 54):

[...] “Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico”. Eis porque: “violar um princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”.

Conforme o mesmo autor, seguido pelos demais doutrinadores, o regime jurídico administrativo é fundamentado em dois princípios dos quais decorrem e devem ser interpretados os demais: o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e o princípio da indisponibilidade do interesse público pela

Administração (DE MELLO, 2013). Por consequência, o regime jurídico administrativo é caracterizado como um conjunto de prerrogativas e restrições à Administração Pública, ou ainda, como disse Garrido Falla (1958 apud DE MELLO, 2013, p. 57), como “o binômio prerrogativas da Administração - direito dos administrados”.

Em razão do Direito Administrativo ser ramo do direito público, o que significa afirmar que sua finalidade precípua é o alcance do interesse coletivo, é necessário fazer uma breve explanação sobre o conceito de interesse público.

Trata-se de conceito jurídico indeterminado que se caracteriza por serem expressões contidas em uma norma que não possuem uma definição clara, permitindo ao intérprete uma maior atividade valorativa na busca pelo seu significado para que possa aplicar as consequências legais. Importante ressaltar que essa atividade interpretativa possui limitações para não impor arbitrariedades. Essa afirmativa foi realizada com apoio no ensinamento do ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso (2011, p.336):

Conceitos jurídicos indeterminados são expressões de sentido fluido, destinadas a lidar com situações nas quais o legislador não pôde ou não quis, no relato abstrato do enunciado normativo, especificar de forma detalhada suas hipóteses de incidência ou exaurir o comando a ser dele extraído. Por essa razão, socorre-se ele de locuções como as que constam na Constituição brasileira de 1988, a saber: pluralismo político, desenvolvimento nacional, segurança pública, interesse público, interesse social, relevância e urgência, propriedade produtiva, em meio a muitas outras. Como natural, o emprego dessa técnica abre para o intérprete um espaço considerável - mas não ilimitado ou arbitrário - de valoração subjetiva.

Nesse sentido, apesar de não se possuir uma definição precisa sobre o que seja interesse público, a doutrina já construiu delimitações para a sua aplicação.

Primeiramente, insta salientar que não há absoluta separação entre interesse público e interesse privado. Normalmente, a ideia que se tem é que tais interesses são divergentes entre si. Entretanto, essa presunção é errônea. Na realidade o interesse público caracteriza-se por ser a somatória dos ideais individuais, ou ainda, uma dimensão de tais ideais. Dessa forma, não é possível vislumbrar que em busca do interesse público, a Administração atue contrariamente ao interesse do particular, impondo arbitrariedades. Essa conclusão decorre da lição de Celso Antonio Bandeira de Mello (2013, p. 62):

[...] o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando

considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.

Faz-se oportuno trazer a definição de Alice Gonzalez Borges (apud MARINELA, 2010, p. 29) sobre interesse público como o:

Somatório de interesse individuais coincidentes em torno de um bem da vida que lhes significa um valor, proveito ou utilidade de ordem moral ou material, que cada pessoa deseja adquirir, conservar ou manter em sua própria esfera de valores e que passa a ser público quando dele participa e compartilha um tal número de pessoas que o mesmo passa a ser identificado como um querer valorativo predominante da comunidade.

Trata-se de direito subjetivo público. Direito subjetivo é aquele que confere ao titular a prerrogativa de exigir de alguém determinado comportamento. Se essa conduta não for realizada voluntariamente, surge ao titular o poder de exigir o cumprimento dessa conduta judicialmente. Destarte, o ato comissivo ou omissivo da Administração Pública que viole o interesse público, faz surgir ao particular, ou a coletividade que sofreu a lesão, a prerrogativa de exigir do Estado o cumprimento do interesse coletivo (DE MELLO, 2013).

Ainda, é possível se mencionar sobre o interesse público secundário. Enquanto que o primário é o somatório dos interesses dos particulares, ou seja, daqueles que compõem a sociedade, o interesse público secundário caracteriza-se por ser os interesses individuais do Estado, já que este é sujeito de direito (DE MELLO, 2013). Entretanto, em razão de ser entidade concebida para alcançar o interesse coletivo, estes interesses secundários somente podem ser perseguidos quando estiverem em consonância com os primários. Nessa perspectiva, faz-se menção ao pensamento de Fernanda Marinela (2010, p. 29):

[...] De outro lado, tem-se o interesse público secundário que consiste nos anseios do Estado, considerado como pessoa jurídica, um simples sujeito de direitos; são os interesses privados desse sujeito. Ressalte que o Estado da forma como foi concebido no ordenamento jurídico brasileiro, só poderá defender seus próprios interesses privados (interesses secundários) quando não existir conflito com os interesses públicos primários.

Após o esclarecimento sobre a definição de interesse público, coerente se faz agora tratar sobre os princípios- base do regime jurídico administrativo, quais sejam, a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público pela Administração Pública.

O princípio da supremacia do interesse público é princípio constitucional implícito que decorre dos institutos adotados pelo Estado brasileiro, como exemplos, o regime democrático e o sistema representativo (ALEXANDRINO; PAULO, 2011). Desse preceito, o Estado deve agir sempre com o objetivo de alcançar sua finalidade precípua que é o interesse coletivo. Qualquer atuação estatal em desconformidade com tal cânone é considerado um abuso de poder, em razão de vício encontrado na sua finalidade (desvio de finalidade) o que é ilegal e garante sua anulação, seja pela própria Administração, em função do princípio da autotutela, seja pelo Judiciário.

Em razão desse princípio, no conflito entre interesse público e interesse particular deve prevalecer o interesse coletivo, tutelado pela Administração Pública, tendo em vista que se trata de preceito que visa garantir a existência da sociedade. Esse é o raciocínio de Carvalho Filho (2014, p. 34), quando afirma:

[...] Saindo da era do individualismo exacerbado, o Estado passou a caracterizar-se como o *Welfare State* (Estado/ bem-estar), dedicado a atender ao interesse público. Logicamente, as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público. Trata-se do primado do interesse público. O indivíduo tem que ser visto como integrante da sociedade, não podendo os seus direitos, em regra, ser equiparados aos direitos sociais.

Fundamentado no princípio em tela, são concedidas prerrogativas à Administração Pública para que se possa concretizar o interesse público. Nessa perspectiva, pode-se mencionar, a título de exemplo, o instituto da desapropriação previsto no art. 5º, XXIV da Constituição Federal. Dele decorre que o Estado pode retirar a propriedade de um particular em razão de necessidade ou utilidade pública ou interesse social desde que pague indenização prévia, justa e em dinheiro. Pode-se apontar ainda pelo fato de que a Administração pode impor obrigações unilaterais aos particulares.

Por fim, conclui-se que, baseada nessas prerrogativas, a relação jurídica entre Estado e administrados é verticalizada, tendo a Administração maiores poderes frente ao particular. Entretanto, esse princípio não é absoluto, tendo, portanto, o Estado o dever de balizar sua conduta respeitando os direitos e garantias fundamentais do cidadão, caso contrário, seu ato terá declarada a sua nulidade (ALEXANDRINO; PAULO 2011, p. 184):

O Estado, portanto, embora tenha assegurada pela ordem constitucional a prevalência dos interesses em nome dos quais atua, está adstrito aos princípios constitucionais que determinam a forma e os limites de sua atuação, como o princípio do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa, da proporcionalidade, dentre outros. Conforme se constata, assim como ocorre com todos os princípios jurídicos, o postulado da supremacia do interesse público não tem caráter absoluto.

Enquanto que do princípio precedente decorrem prerrogativas à Administração Pública, do princípio da indisponibilidade do interesse público são impostas restrições à atuação estatal.

O interesse público tem como titular o povo, e, portanto, somente este pode dispor desse interesse. Em consequência disso, ao Estado cabe apenas geri-lo, tendo que agir, dessa forma, dentro dos parâmetros delineados na Constituição e na legislação infraconstitucional. Assim, apesar de a Administração possuir poderes para alcançar o interesse público, não se trata somente de poder, mas principalmente de dever, pois em decorrência de não dispor do interesse público, sempre deve atuar quando e como a lei determinar, caso contrário, o administrador pode responder funcionalmente, sem prejuízo das demais instâncias (ALEXANDRINO; PAULO, 2011).

Interessante trazer a seguinte assertiva: nem todas as entidades que compõem a Administração Pública possuem prerrogativas, mas todas sofrem com as limitações que lhes são impostas. Esclarece-se. Somente as entidades que integram a Fazenda Pública, a saber, os entes federados, autarquias e fundações públicas possuem todas as prerrogativas concedidas em lei, pois possuem regime jurídico de direito público. As demais, ou seja, as empresas estatais e fundações governamentais, por se submeterem ao regime híbrido, não são alcançadas por tais privilégios. Em contrapartida, tanto a Administração Direta quanto a Administração Indireta sofrem com as limitações em decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público, princípio constitucional implícito. Como exemplo, menciona-se o fato de que as empresas estatais, assim como a Fazenda Pública, devem realizar concurso público para ocupar emprego público. Entretanto, após a realização do ditame, a contratação ocorrerá mediante contrato de trabalho, não tendo, portanto, os empregados públicos a estabilidade, direito que somente tem os ocupantes de cargo público efetivo.

Por fim, cabe fazer menção a lição de Fernanda Marinela (2010, p. 28):

[...] em nome da supremacia do interesse público, o Administrador pode muito, pode quase tudo, mas não pode abrir mão do interesse público. (...)
Na verdade, o Administrador exerce uma função, o que significa uma

atividade em nome e interesse de outrem, por isso não há autonomia da vontade nem liberdade irrestrita. Há uma finalidade previamente estabelecida e, no caso de função pública, há submissão da vontade pré- traçada na Constituição Federal ou na lei, além do dever de bem curar o interesse alheio: o interesse público.

2.3 PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS

O regime jurídico administrativo também é composto por outros princípios, sendo que estes devem ser interpretados a luz dos preceitos fundamentais do Direito Administrativo, a saber, supremacia do interesse público sobre o interesse privado e indisponibilidade do interesse público pela Administração Pública, anteriormente elucidados.

Nesse diapasão, o art. 37, caput da Constituição Federal de 1988 dispõe que a Administração Pública deve realizar seus atos observando-se os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Tratam-se, portanto, de princípios constitucionais explícitos que direcionam a função administrativa do Estado.

O princípio da legalidade é preceito essencial do Estado Democrático de Direito, nascendo junto com este. Disto deriva que o administrador somente pode atuar nos limites estabelecidos em lei. Trata-se de norma que decorre do princípio da indisponibilidade do interesse público e, portanto, tem como consequência trazer restrições à atuação estatal. Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p.64- 65):

Este princípio, juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, [...] constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade.

Sua análise pode ser realizada sobre dois enfoques.

Dentro das relações regidas pelo direito privado, faz-se menção ao art. 5º, II da Constituição Federal de 1988 que afirma que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude lei”. Pelo o já consagrado na doutrina, ao particular é permitido realizar qualquer conduta que não esteja proibida em lei, em função de o direito privado ser conduzido pela autonomia da vontade (DI PIETRO, 2014).

Em contrapartida, no direito público, o princípio da legalidade apresenta conotação diversa. A atuação estatal está intimamente vinculada ao preceito legal. Desta forma, a Administração Pública somente pode proceder conforme a legislação. Nesse caso, diferentemente do direito privado, se não houver permissivo legal autorizando o exercício de determinada conduta pelo Estado, este não poderá agir, sob pena de seu ato ser declarado nulo. É esse o raciocínio de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2011, p. 190):

Em suma, a Administração, além de não poder atuar contra a lei ou além da lei, somente pode agir segundo a lei (a atividade administrativa não pode ser contra legem nem praeter legem, mas apenas secundum legem). Os atos eventualmente praticados em desobediência a tais parâmetros são atos inválidos e podem ter sua invalidade decretada pela própria Administração que os haja editado (autotutela administrativa) ou pelo Poder Judiciário.

Sobre o princípio da legalidade ainda é importante indicar que este não exclui o exercício discricionário da Administração Pública. Em resumo, o exercício dos atos administrativos pode ser realizado de maneira vinculada ou discricionária. Em ambos, a atuação está interligada a existência de preceito legal. A distinção, no entanto, se encontra no fato de que nos atos discricionários a própria lei concede uma margem de escolha ao administrador que, utilizando-se dos princípios da conveniência e oportunidade, agirá.

Por sua vez, o princípio da impessoalidade também previsto no caput do art. 37 da Constituição brasileira de 1988 pode ser analisado sob duas perspectivas.

A primeira resulta do fato de ser corolário do princípio da isonomia. Por esse ângulo, a Administração Pública deve atuar somente visando o interesse público, sem arbitrar privilégios ou prejuízos para os administrados em razão de interesses pessoais (CARVALHO FILHO, 2015). A violação dessa norma acarreta a nulidade do ato administrativo por força do vício de finalidade que nele se encontra. É em razão desse preceito, por exemplo, que o Estado deve realizar concurso público para o preenchimento de cargos ou empregos públicos, segundo o art. 37, II da CF/88.

É também como consequência desse princípio que o nepotismo, prática por meio do qual se indica familiares para o preenchimento de cargos em comissão ou função de confiança, é vedada (MARINELA, 2010). Importante trazer a literalidade da súmula vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal acerca do assunto:

Súmula vinculante nº 13 do STF: A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Sob o outro enfoque que se pode conceder ao princípio em tela, tem-se em vista a teoria da imputação. Desta deriva que os atos praticados pelo agente público representam a vontade do Estado e, portanto, devem ser atribuídos à pessoa jurídica ao qual estão vinculados e não ao administrador. Dessa forma visa-se coibir a prática já muito difundida entre os agentes públicos brasileiros de utilizar-se da máquina pública para se promover. Essa é a inteligência do art. 37, § 1º da Constituição Federal:

Art. 37: [...]

§ 1º: A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Dando seguimento, pelo princípio da moralidade administrativa os agentes públicos devem, no exercício da função pública, atuar com honestidade. É a não corrupção no trato com a atividade pública, conforme os ensinamentos de Matheus Carvalho (2015). Ainda que o administrador e o administrado ajam em conformidade com a lei, é necessário que sejam observados a boa-fé, os bons costumes para que o ato administrativo, além de legal, seja também moral. A não observância desse princípio torna o ato inválido. Importante salientar que há diferença entre a moralidade social e a moralidade administrativa. Nestes termos, Fernanda Marinela (2010, p. 38):

O princípio da moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum. Enquanto que a última preocupa-se com a distinção entre o bem e o mal, a primeira é composta não só por correção de atitudes, mas também por regras de boa administração, pela ideia de função administrativa, interesse do povo, de bem comum. Moralidade administrativa está ligada ao conceito de bom administrador.

Muitos são os dispositivos que visam proteger o trato honesto da função pública. O art. 37, § 4º da Constituição Federal define quais as penalidades que serão aplicadas caso se verifique que houve improbidade administrativa, esta por sua vez regulada pela lei nº 8429/92 que determina que os atos ímprobos são aqueles que praticados pelo agente público em sentido amplo e o particular em participação com esse acarretem

dano ao erário, atentem aos princípios da administração pública ou gerem enriquecimento ilícito. Pode-se ainda mencionar a lei 9784/99, que regula o procedimento administrativo, e no seu art. 2º, IV afirma que a atuação administrativa deve ser fundamentada “segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”, conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014).

O princípio da publicidade, por sua vez, possui duas vertentes. Em primeiro lugar, garante a transparência dos atos administrativos, permitindo o controle desses atos pela população. Dessa conclusão, insta mencionar o art. 5º, XXXIII do texto constitucional que define que:

Art. 5º: [...]

XXXIII- todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

A regra é que os atos administrativos sejam públicos, sendo sigilosos somente aqueles em que sua exposição acarrete ao particular dano a sua intimidade, privacidade, honra ou imagem (art. 5º, X da Constituição Federal) ou ainda que possa lesionar a segurança nacional.

Para concretizar tal direito, têm-se em vista os remédios constitucionais, como o mandado de segurança, o habeas data ou, ainda, o direito de petição que o particular tem em frente aos órgãos administrativos (DI PIETRO, 2014).

Uma consequência lógica que a transparência dos atos administrativos traz é o efeito inibitório. Nesse sentido, o agente público, tendo conhecimento da publicidade que seus atos são revestidos, evita a realização de irregularidades para não sofrer futuras sanções decorrentes de sua conduta (MARINELA, 2013).

A outra vertente pela qual o preceito em tela pode ser visualizado é o fato de que a publicidade é causa de eficácia dos atos administrativos. Um ato é válido, pois está em consonância com a Constituição e a legislação infraconstitucional, tendo, portanto, existência no sistema jurídico. Entretanto, é possível que mesmo válido, não seja eficaz. A eficácia diz sentido à aptidão de produzir efeitos jurídicos. No caso dos atos administrativos, estes somente serão eficazes quando for dada a devida publicidade aos mesmos.

O último princípio previsto no caput do art. 37 da Constituição Federal brasileira é o da eficiência. Tal preceito foi incluído no texto constitucional por meio da Emenda

Constitucional nº 19/98 e prevê que é dever da Administração Pública não apenas atuar visando o interesse público, mas efetivamente concretizá-lo, através da boa atuação funcional do administrador, celeridade na prestação do serviço público, desburocratização, além de, entre outras medidas, o menor gasto com o dinheiro público (MARINELA, 2013).

Hely Lopes Meirelles (2003, p. 102), define o princípio da eficiência como um dever da Administração Pública:

Que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros. [...] esse dever de eficiência bem lembrado por Carvalho Simas, corresponde ao “dever de boa administração” da doutrina italiana, o que já se acha consagrado, entre nós, pela Reforma Administrativa Federal do Dec.-leic200/67, quando submete toda atividade do Executivo ao controle de resultado (arts. 13 e 25, V), fortalece o sistema de mérito (art. 25, VII), sujeita a Administração indireta a supervisão ministerial quanto à eficiência administrativa (art. 26, III) e recomenda a demissão ou dispensa do servidor comprovadamente ineficiente ou desidioso (art. 100).

O princípio da eficiência pode ser vislumbrado como um dos requisitos para que o servidor público adquira o direito à estabilidade, conforme o art. 41, § 4º da CF/88. Também o mesmo artigo, no § 1º, III define como uma das causas de demissão do agente público o mau desempenho nas avaliações periódicas, assegurada a ampla defesa.

Por fim, fundamentado na posição de DI PIETRO (2014), o princípio da eficiência pode ser visto por dois aspectos: em relação à atuação do agente público que deve exercer suas funções objetivando o melhor desempenho pessoal possível na atuação pública e em relação à organização da Administração Pública que deve ser estruturada também dando enfoque a concretização de resultados.

Além dos princípios constitucionais expressos, o Direito Administrativo também é balizado por outros preceitos que compõem seu regime jurídico. Em razão do presente trabalho monográfico não ter o intuito de encerrar toda a matéria, serão tratados nesse capítulo somente sobre os princípios da motivação e autotutela. Importante informar ainda que ao longo do trabalho serão vistos outros preceitos atrelados especificamente ao objeto do trabalho, como é o caso dos princípios da razoabilidade e segurança jurídica.

O princípio da motivação origina-se do princípio da legalidade. Dele decorre que a Administração Pública tem o dever de motivar seus atos, ou seja, explicitar quais as razões de fato e de direito que conduziram ao exercício da conduta, o que garante o controle dos atos administrativos pelos particulares.

É importante deixar claro que há diferença entre motivo e motivação. O primeiro é elemento de todo ato administrativo e é a concretização da hipótese prevista em lei, ou seja, é a subsunção do fato à lei. Motivação, como já exposto, é a exposição das razões da realização do ato e é obrigatória, pois é uma forma de controle da legalidade dos atos públicos.

Em certas situações, a lei dispensa a realização da motivação, como é o caso da nomeação e exoneração de pessoa para exercer cargo em comissão previsto no art. 37, II da Constituição Federal. Entretanto, na hipótese do ato ter sua motivação dispensada e esta for realizada, passará a integrar o ato e se for viciada, acarretará a sua nulidade. Trata-se da teoria dos motivos determinantes adotada pelo Direito Administrativo brasileiro.

Por fim, o princípio da autotutela permite que a Administração Pública realize controle sobre seus próprios atos. Dessa forma, quando o ato administrativo for eivado de vícios que o torne ilegal, a Administração deve anulá-lo, seja de ofício ou por provocação. Caso o ato administrativo, apesar de ser legal, for considerado inconveniente ou inoportuno, o Estado poderá revogá-lo, respeitados os direitos adquiridos. Esse entendimento encontra-se exposto no art. 53 da lei 9784/99 e nas súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal, estas últimas transcritas a seguir:

Súmula 346: A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Súmula 473: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Importante ressaltar que a anulação pela Administração Pública dos atos ilegais que gerem efeitos favoráveis ao particular e que não tenham decorrido da má-fé tem prazo decadencial de 05 (cinco) anos, contados da data em que foram praticados, conforme art. 54 da lei 9784/99. Em contrapartida, os atos ilegais que decorreram da má-fé podem ser anulados a qualquer momento pelo Estado.

3 PODERES ADMINISTRATIVOS

3.1 INTRODUÇÃO

Como já tratado anteriormente, as matérias concernentes ao Direito Administrativo devem ser vislumbradas a luz de dois princípios fundamentais que lhe dão estrutura, quais sejam, supremacia do interesse público sobre o interesse privado e indisponibilidade do interesse público pela Administração Pública.

Nesse sentido, em razão do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, são concedidas prerrogativas à Administração Pública para que esta possa alcançar sua finalidade que é a concretização do interesse coletivo. Uma dessas prerrogativas concedidas ao Estado são os poderes administrativos, que não são poderes em si, mas instrumentos indispensáveis à Administração para garantir a sobreposição do interesse público sobre o interesse do particular. Dirley da Cunha Junior (2009 apud Fernanda Marinela, 2013, p. 215) afirma:

[...] são instrumentos de trabalho com os quais os órgãos e entidades administrativas desenvolvem as suas tarefas e cumprem os seus deveres funcionais. Por isso mesmo, são chamados poderes instrumentais, consentâneos e proporcionais aos encargos que lhe são conferidos.

Os poderes administrativos são, portanto, “o conjunto de prerrogativas de direito público que a ordem jurídica confere aos agentes administrativos para o fim de permitir que o Estado alcance seus fins” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 51).

Os poderes administrativos não se confundem com os poderes estruturais do Estado. Estes derivam da teoria de Montesquieu e são delineados pela ordem constitucional, sendo elementos orgânicos deste. Em contrapartida, os poderes administrativos são os mecanismos para a concretização do interesse público (MARINELA, 2010).

Diferentemente do direito privado onde o poder jurídico é uma faculdade de agir do particular, no direito público os poderes administrativos devem ser obrigatoriamente exercidos pela Administração Pública, o que, portanto, evidencia a sua natureza de poder-dever. Trata-se de poder-dever em razão do princípio da indisponibilidade do interesse público pela Administração. Conforme já explicitado, o interesse público tem como titular o povo, sendo o Estado somente gestor desse interesse, devendo agir

sempre que a lei permitir e de acordo com os parâmetros nela definidos, tendo em vista o interesse coletivo. Dessa forma, os poderes administrativos são irrenunciáveis e devem ser obrigatoriamente exercidos (CARVALHO FILHO, 2014).

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma ainda que não se trata de poder-dever, mas sim de dever-poder. Conforme seus ensinamentos, a Administração Pública exerce função administrativa e, portanto, está investida em satisfazer o interesse da coletividade e, para tanto, necessita de poderes para concretizá-lo. Por conseguinte, os poderes administrativos estão subordinados ao dever da Administração de alcançar o interesse coletivo. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 72- 73):

[...] Estes caracteres, que sem dúvida informam a atuação administrativa, de modo algum autorizariam a supor que a Administração Pública, escudada na supremacia do interesse público sobre o interesse privado, pode expressar tais prerrogativas com a mesma autonomia e liberdade com que os particulares exercitam seus direitos. É que a Administração exerce *função*: a função administrativa. Existe função quando alguém está investido no *dever* de satisfazer dadas finalidades em prol do *interesse de outrem*, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri- las. Logo, tais poderes são instrumentais ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do dever posto a seu cargo. Donde, quem os titulariza maneja, na verdade, “deveres- poderes”, no *interesse alheio*. [...] Tendo em vista este caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos – e não da pessoa exercente do poder -, as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como “poderes” ou como “poderes- deveres”. Antes se qualificam e melhor se designam como “deveres- poderes”, pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações.

Em razão de ser dever do Poder Público, o não exercício dos poderes administrativos configura uma ilegalidade praticada pelo administrador, o que permite que o particular atingido pela inércia possa exigir seu direito, seja administrativa ou judicialmente, pois se trata de direito público subjetivo. Ainda, o agente público pode responder funcional, civil e penalmente pela omissão ilícita.

O exercício dos poderes administrativos deve ser realizado sempre pautado nos parâmetros constitucionais e legais, explícitos e implícitos, definidos na ordem jurídica, visando o interesse precípua do Estado. Qualquer atuação fora desses limites e que viole direitos individuais, configura abuso de poder, o que, portanto, é ilegal e deve ter seus efeitos jurídicos anulados, seja pela própria Administração Pública (princípio da autotutela, já mencionado anteriormente), seja judicialmente, através do controle externo a que estão sujeitos os atos administrativos.

A doutrina define que o abuso de poder engloba duas espécies, a saber, o excesso de poder e o desvio de poder. No primeiro, o agente público atua além dos limites de sua competência, sendo, portanto, sempre ato comissivo. Por sua vez, o desvio de poder ocorre quando o administrador realiza sua conduta buscando fim diverso do previsto em lei.

Importante salientar que um dos elementos que compõem o ato administrativo é a finalidade. Esta é dividida em finalidade específica que é definida de forma precisa na lei e finalidade genérica, presente em todo ato administrativo, que é o atendimento ao interesse público. Em virtude do objetivo final da lei ser o interesse coletivo, toda vez que o agente administrativo realizar ato visando fim diverso do prescrito no texto legal, estará, por último, indo contra o interesse público, o que é ilegal.

Por fim, a atuação administrativa pode ocorrer de forma discricionária ou vinculada. Apesar de muitos doutrinadores afirmarem que há poder discricionário e poder vinculado, caracterizam-se, em verdade, por serem atributos dos poderes administrativos ou competências da Administração (DI PIETRO, 2014).

Pela atuação vinculada todos os elementos do ato administrativo, a saber, competência, forma, finalidade, motivo e objeto, estão expressamente estabelecidos na norma legal. Dessa forma, o legislador não concede margem de escolha ao administrador na prática do ato administrativo, que deve ser praticado em total consonância com a legislação. Qualquer conduta destoante será ilegítima, o que acarretará sua anulação. Hely Lopes Meirelles (2013, p. 125):

Nessa categoria de atos administrativos a liberdade de ação do administrador é mínima, pois terá que se ater à enumeração minuciosa do Direito Positivo para realizá-los eficazmente. Deixando de atender a qualquer dado expresso na lei, o ato é nulo, por desvinculado de seu tipo padrão.

Por sua vez, a atuação discricionária, em virtude de não ser possível que o legislador preveja todas as situações em que se fará importante a intervenção administrativa, concede ao agente público uma margem de escolha delimitada pela lei e, fundamentado nos critérios de oportunidade e conveniência, conduzirá sua ação. Através desses mesmos critérios também é autorizado à Administração Pública a revogação de atos administrativos que, ainda que legais, sejam considerados inoportunos ou inconvenientes ao interesse público, em ambos os casos respeitando os direitos fundamentais do particular (ALEXANDRINO; PAULO, 2011).

A conveniência e oportunidade compõem o mérito administrativo. Do primeiro decorre que a Administração deve escolher a conduta que melhor se adequa ao interesse público enquanto que do segundo, a atuação deve ser praticada no momento mais adequado para a sua consecução (CARVALHO FILHO, 2014).

Concluindo, o poder discricionário, conforme Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2011, p. 126):

[...] tem como núcleo a autorização legal para que o agente público decida, nos limites da lei, acerca da conveniência e da oportunidade de praticar, ou não, um ato administrativo e, quando for o caso, escolher seu conteúdo. Dito de outro modo, o núcleo essencial do poder discricionário traduz-se no denominado mérito administrativo.

Não há ato administrativo que seja em sua totalidade discricionário, baseado no fato de que os elementos referentes à competência, forma e finalidade invariavelmente são estabelecidos em lei, havendo discricionariedade, portanto, somente nos motivos e objeto dos atos administrativos.

Há atividade discricionária, ainda, quando no preceito legal houver a utilização de conceitos jurídicos indeterminados. Nesse caso, os limites que devem ser observados pelo agente da Administração são os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Dando prosseguimento, a atuação discricionária tem como limites a própria lei e os princípios estabelecidos no ordenamento jurídico. O mérito administrativo por ser atribuição da função administrativa do Estado não pode ser alcançado pelos outros Poderes, sob pena de usurpação de competências constitucionais. Por conseguinte, na existência de avaliação de um ato administrativo pelo Poder Judiciário este deve ater-se a analisar se houve ou não ilegalidade, não podendo substituir o mérito administrativo. José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 54) afirma:

No que se refere aos atos discricionários, todavia, é mister distinguir dois aspectos. Podem eles sofrer controle judicial em relação a todos os elementos vinculados, ou seja, aqueles sobre os quais não tem o agente liberdade quanto à decisão a tomar. [...] O controle judicial, entretanto, não pode ir ao extremo de admitir que o juiz se substitua ao administrador. Vale dizer: não pode o juiz entrar no terreno que a lei reservou aos agentes da Administração perquirindo os critérios de conveniência e oportunidade que lhe inspiraram a conduta. A razão é simples: se o juiz se atém ao exame de legalidade dos atos não poderá questionar critérios que a própria lei defere ao administrador.

Ademais, não há que se confundir discricionariedade com arbitrariedade. Enquanto na primeira, a atuação do administrador está delimitada pela lei que concede ao agente uma margem de escolha para sua atuação que deve atuar balizado nesses limites, o ato arbitrário caracteriza-se por ser aquele no qual o agente público age em

total desconformidade com a norma jurídica, desrespeitando qualquer limite imposto pela mesma.

Por fim, são espécies dos poderes administrativos da Administração Pública o poder normativo, o poder hierárquico, o poder de polícia e o poder disciplinar que serão elucidados adiante.

3.2 PODER NORMATIVO

Através deste poder a Administração Pública possui a capacidade de editar atos normativos gerais e abstratos para garantir a fiel execução da lei. Trata-se de ato normativo derivado e tem como espécies os regulamentos, as portarias, resoluções, deliberações e instruções.

Os atos normativos derivados diferenciam-se dos atos normativos primários porque diferentemente destes não criam direitos, obrigações ou estabelecem punições. Seu objetivo é explicitar ou complementar o conteúdo das leis em sentido estrito garantindo seu cumprimento pela Administração (CARVALHO FILHO, 2014). Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 91- 92), fundamentada nos ensinamentos de Miguel Reale, assim explica:

Segundo a lição de Miguel Reale (1980: 12- 14), podem-se dividir os atos normativos em **originários e derivados**. “Originários se dizem os emanados de um órgão estatal em virtude de competência própria, outorgada imediata e diretamente pela Constituição, para edição de regras instituidoras de direito novo”; compreende os atos emanados do Legislativo. Já os atos normativos **derivados** têm por objetivo a “explicitação ou especificação de um conteúdo normativo preexistente, visando à sua execução no plano da *práxis*”; o ato normativo derivado, por excelência, é o regulamento. Acrescenta o mesmo autor que “os atos legislativos não diferem dos regulamentos ou de certas sentenças por sua natureza normativa, mas sim pela **originariedade** com que instauram situações jurídicas novas, **pondo o direito e, ao mesmo tempo, os limites de sua vigência e eficácia**, ao passo que os demais atos normativos **explicitam** ou **complementam** as leis, sem ultrapassar os horizontes da legalidade”.

O regulamento é o ato administrativo derivado por excelência (DI PIETRO, 2014). Em razão disso, muitos doutrinadores definem o poder normativo da Administração como poder regulamentar, entretanto, tal denominação não é a mais indicada, pois não engloba todos os atos normativos que o Poder Público edita para complementar a lei.

O regulamento é o ato, que tem como forma o decreto, de competência privativa dos Chefes do Poder Executivo. Existem dois tipos: o executivo e o autônomo.

O regulamento executivo é o que tem como finalidade garantir a fiel aplicação da lei, minudenciando os aspectos legais. Em contrapartida, o regulamento autônomo tem como objetivo substituir a lei, ou seja, não complementa ou explicita a lei, mas disciplina matérias que não foram estabelecidas por normal legal.

No Brasil, a doutrina já entende que há uma hipótese em que é permitida a existência de regulamentos autônomos. É o caso do art. 84, VI da Constituição Federal que autoriza que, mediante decreto, o Chefe do Executivo disponha sobre a “organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos”.

Por fim, quando a edição desses atos normativos contrariarem a lei e a Constituição, terá declarada a sua ilegalidade, ou inconstitucionalidade, através de diversos instrumentos processuais.

O art. 49 da CF/88 define que o Congresso Nacional pode “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”. Trata-se do controle dos atos administrativos praticados pelo Poder Executivo pelo Poder Legislativo. Através do controle de constitucionalidade concentrado, previsto no art. 102, I, “a” do texto constitucional também é possível que seja declarada a inconstitucionalidade de ato normativo federal ou estadual. Ou ainda, quando a não edição de ato normativo impossibilitar a eficácia de norma constitucional ou impedir o exercício de direitos referentes à nacionalidade, soberania e cidadania, pode-se manejar, respectivamente, a ação de inconstitucionalidade por omissão, prevista no art. 103, § 2º da CF/88, e o mandado de injunção, por sua vez encontrado no art. 5º, LXXI da CF/88. No caso de a omissão de ato normativo derivado impossibilitar o exercício de direito previsto em lei, o particular terá ainda o direito de receber todas as vantagens decorrentes, pois a omissão da Administração Pública não tem a capacidade de invalidar os mandamentos legais do Poder Legislativo (DI PIETRO, 2014).

3.3 PODER DE POLÍCIA

O art. 78 do Código Tributário Nacional define que:

Art. 78: Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do poder público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

O poder de polícia é, portanto, o poder que a Administração Pública possui de restringir bens e direitos do particular para adequá-los ao interesse coletivo. Para alcançar tal objetivo, o Estado utiliza-se de atos normativos ou concretos e sua atuação pode ser repressiva, preventiva ou fiscalizadora.

O poder de polícia incide sobre os bens e direitos de qualquer particular, o que o diferencia do poder disciplinar da Administração Pública, que será elucidado mais adiante, que por sua vez só atinge aqueles que possuem vínculo especial com o Poder Público.

Este poder é exercido pela polícia administrativa que se distingue da polícia judiciária. Esta é exercida por corporações especializadas com o intuito de prevenir e reprimir ilícitos penais. Dessa forma é regida pela legislação penal e processual penal.

Em contrapartida, a polícia administrativa é realizada pela Administração Pública Direta e Indireta de direito público, além da polícia militar e outros órgãos de fiscalização (MARINELA, 2013), incidindo sobre bens, direitos e atividades com o intuito de prevenir, fiscalizar ou reprimir qualquer ilícito administrativo, sendo, por sua vez regida pelo Direito Administrativo.

O poder de polícia caracteriza-se pela discricionariedade, coercibilidade e autoexecutoriedade.

A discricionariedade, que já foi discutida anteriormente, é o atributo que alguns atos administrativos possuem, em decorrência da lei, de conceder ao agente administrativo uma margem de escolha para sua atuação. Apesar de esta ser considerada como um atributo do poder de polícia, deve-se ressaltar que nem todo ato que decorra dessa prerrogativa será discricionário, a exemplo das licenças para dirigir ou construir, onde presentes os requisitos para a sua concessão, não podem ser negados ao particular, revelando, assim, sua natureza vinculada. Desse modo, a regra é que os atos decorrentes do poder de polícia são discricionários, o que não exclui a existência de atos vinculados desse poder.

A autoexecutoriedade permite que os atos administrativos sejam realizados de forma direta e imediata pela Administração sem a necessidade de prévia autorização judicial. É já consagrado na doutrina que nem todo ato de poder de polícia é autoexecutável. Somente possuem essa característica quando expressamente previstos em lei ou quando se estiver diante de uma situação de urgência.

Ainda, é importante mencionar que muitos doutrinadores subdividem esse atributo em exigibilidade e executoriedade. A primeira é a prerrogativa que o Poder Público possui de impor obrigações ao particular sem a necessidade de autorização judicial prévia e utilizando-se de meios coercitivos indiretos, como é o caso da multa. Enquanto que o segundo é a possibilidade que a Administração Pública tem de realizar a execução forçada das medidas que impôs ao administrado. Nesse caso são utilizados meios diretos de coerção (MARINELA, 2013). Importante ressaltar que a autoexecutoriedade não afasta do administrado o direito ao contraditório e a ampla defesa frente a estas medidas administrativas.

A coercibilidade, segundo Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2011, p. 250):

[...] traduz-se na possibilidade de as medidas adotadas pela administração pública serem impostas coativamente ao administrado, inclusive mediante o emprego da força. Caso o particular resista ao ato de polícia, a administração poderá valer-se da força pública para garantir o seu cumprimento.

Por fim, o poder de polícia, por ser atividade típica de Estado, não pode ser delegável para particular, incluindo-se nesse rol, as pessoas jurídicas de direito privado que compõem a Administração Pública. O que já foi sedimentado é que o poder público somente pode delegar aspectos materiais do exercício desse poder, pois se tratam de atividades de mera execução do poder de polícia. Nesse sentido, Fernanda Marinela (2013, p. 234) explicita o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

A orientação do STJ é bastante clara nessa questão. Discutindo a possibilidade de sociedade de economia mista, pessoa jurídica de direito privado, de exercer o poder de polícia, inicialmente esclarecem que as atividades que envolvem o exercício do poder de polícia podem ser de forma sumária divididas em quatro grupos assim estabelecidos: o poder de legislar (é a legislação que define determinada situação); o poder de consentimento (a corporificação da vontade do Poder Público); a fiscalização; e, por fim, a aplicação de sanção. Para citado Tribunal podem ser transferidos ao particular somente os atos de consentimento [...] e os atos de fiscalização [...]. Dessa forma ficam impedidas de se transferir as atividades de legislação e de aplicação de sanção, que somente as pessoas públicas podem exercer.

3.4 PODER HIERÁRQUICO

“O Poder Hierárquico é conferido ao administrador a fim de distribuir e escalonar as funções dos seus órgãos, ordenar e rever a atuação de seus agentes, estabelecendo uma relação de hierarquia, subordinação” (MARINELA, 2013, p. 224).

A função administrativa, para que seja realizada de modo eficiente, necessita que haja uma distribuição de competências entre os agentes e órgãos que a executam e, para tanto, é preciso que exista um escalonamento vertical entre os mesmos. Nesse sentido, a organização administrativa é fundada em dois pressupostos: distribuição de competências e hierarquia (DI PIETRO, 2014).

Insta ressaltar que a hierarquia é poder de estruturação interna que uma pessoa jurídica que compõe a Administração Pública possui. Dessa forma, dentro de uma mesma pessoa jurídica existe uma relação hierárquica entre seus agentes e órgãos, entretanto, entre pessoas jurídicas diversas não há que se falar em hierarquia.

A relação existente entre a Administração Pública Direta e a Administração Pública Indireta não se caracteriza pela hierarquia, mas sim pela vinculação. A vinculação possui caráter externo e permite que os entes federados realizem sobre as entidades que compõem a Administração Pública Indireta um controle, conforme os limites estabelecidos em lei, para garantir que estas estejam perseguindo os fins para os quais foram criadas.

Do poder hierárquico surge o poder de editar atos normativos internos para organizar a atuação dos seus órgãos e agentes, como é o caso das portarias. Há também o direito de dar ordens para os seus subordinados que, por sua vez, têm o dever de obediência. É possível, ainda, controlar as atividades dos órgãos inferiores, anulando os atos ilegais ou revogando os atos administrativos que, mesmo legais, sejam inconvenientes e inoportunos ao interesse público (DI PIETRO, 2014).

Em relação ao dever de obediência que os agentes possuem frente aos seus superiores, é necessário ressaltar que em se tratando de ordem manifestamente ilegal, o agente público pode recusar-se a cumpri-la, pelo princípio da legalidade do qual decorre que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II da Constituição Federal de 1988). Importante salientar que caso o subordinado realize tal conduta pode responder penalmente em participação com o seu superior, conforme o art. 22 do Código Penal (CARVALHO FILHO, 2014).

Do poder hierárquico é possível, ainda, que sejam delegadas e avocadas atribuições. A delegação caracteriza-se por ser a transferência temporária de uma competência de um órgão ou agente a outro de mesmo nível, enquanto que a avocação é o inverso. Nesse caso, o agente superior “chama para si” uma atribuição de um subalterno, também de forma temporária. A delegação e avocação estão disciplinadas nos artigos 13 a 15 da lei 9784/99, que regula os processos administrativos, sendo que o art. 13 proíbe a delegação e avocação “de atos de caráter normativo, decisão de recursos administrativos e matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade”.

Por fim, do poder hierárquico surge à Administração Pública o poder disciplinar que se caracteriza por aplicar sanções aos seus agentes públicos, em função do vínculo especial existente entre eles (relação hierárquica). Conforme Hely Lopes Meirelles (2013, p. 129), “poder hierárquico e poder disciplinar não se confundem, mas andam juntos, por serem os sustentáculos de toda organização administrativa”.

3.5 PODER DISCIPLINAR

O poder disciplinar é o poder-dever que a Administração Pública possui de apurar infrações e aplicar penalidades aqueles que possuem vínculo especial com o Poder Público. Esse vínculo pode decorrer da relação hierárquica entre a Administração e o servidor público, como já tratado anteriormente, ou de um vínculo específico que rege o particular frente ao Estado, como é o caso da relação contratual em virtude dos contratos administrativos.

Quanto ao poder de punir os servidores públicos em razão da hierarquia, Fernanda Marinela (2013, p. 226) conclui:

A disciplina funcional decorre do sistema hierárquico da Administração. Portanto, o Poder Disciplinar é consequência do Poder Hierárquico. Se aos agentes superiores competem o comando e o dever de fiscalizar, é resultado natural a possibilidade de exigir o cumprimento das ordens e regras legais e, caso não ocorra, aplicar a respectiva penalidade. Assim, para os servidores públicos, a possibilidade de aplicação de sanção decorre da existência de hierarquia.

Importante salientar que o poder disciplinar difere do poder de polícia e do poder geral do Estado de punir.

Primeiramente, quanto ao poder de polícia este é exercido pela Administração Pública com o intuito de adequar os bens, direitos e atividades ao interesse social independente da existência de relação especial entre o administrado e o Poder Público.

Em contrapartida, o poder punitivo geral do Estado é o dever que este tem de repreender as condutas que firam de forma mais grave os bens jurídicos, consideradas crimes ou contravenções penais que, por sua vez, são regidas pela legislação penal e processual penal e aplicadas pelo Poder Judiciário a qualquer indivíduo que realizar a conduta criminosa. Em virtude de o Direito Penal aplicar as sanções mais gravosas do ordenamento jurídico, as condutas qualificadas como crimes são minuciosamente tipificadas no Código Penal, fundamentadas no princípio “nullum crimen, nulla poena sine lege”, conforme leciona Carvalho Filho (2014).

O poder disciplinar, por seu turno, visa coibir os ilícitos administrativos praticados por aqueles que estão sujeitos à relação especial com a Administração Pública, sendo que, as condutas ensejadoras de sanções administrativas possuem expressões abertas, imprecisas, o que permite ao aplicador uma maior valoração quando da aplicação da penalidade, utilizando-se do princípio da razoabilidade para evitar sanções desarrazoadas ao administrado. Importante ressaltar que somente a Administração Pública pode impor sanções administrativas ao servidor público em decorrência do poder disciplinar. Ao Poder Judiciário cabe somente anular aquelas que foram aplicadas em desconformidade com o ordenamento jurídico, caso contrário, o julgador estaria adentrando ao mérito administrativo, o que caracterizaria uma usurpação de competências constitucionais, fundamentando-se mais uma vez nas lições de Carvalho Filho (2014).

Dando prosseguimento, a doutrina entende que a discricionariedade é um atributo do poder disciplinar. Esclarece-se. Em função da maior parte das condutas não serem precisamente tipificadas em comparação com a legislação penal, pois permeadas por expressões abertas, como é o caso da possibilidade de imposição de sanção por “conduta escandalosa” (art. 132, V da lei 8112/90, que regula o regime jurídico dos detentores de cargos públicos federais), bem como ser concedida ao administrador a permissão de escolher aplicar a sanção que melhor se adéqua a infração, como ilustra o art. 128 da lei 8112/90 que afirma que “na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais”, há o

uso do princípio da razoabilidade para que o poder sancionatório da Administração seja exercido. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles (2013, p. 134) elucida:

Conforme a gravidade do fato a ser punido, a autoridade escolherá, entre as penas legais, a que consulte ao interesse do serviço e a que mais bem reprima a falta cometida. Nesse campo é que entra o discricionarismo disciplinar. Isto não significa, entretanto, que o superior hierárquico possa punir arbitrariamente, ou sem se ater a critérios jurídicos. [...] O que se quer dizer é que a Administração pode e deve, atendo-se aos princípios jurídicos, em especial os da razoabilidade e proporcionalidade, e às normas administrativas específicas do serviço, conceituar a falta cometida, escolher e graduar a pena disciplinar, em face dos dados concretos apurados pelos meios regulares – *processo administrativo ou meios sumários* – conforme a maior ou menor gravidade da falta, ou a natureza da pena a ser aplicada.

Indispensável trazer que as penas decorrentes do poder disciplinar somente podem ser impostas ao indivíduo após o regular processo administrativo que deve obedecer todos os direitos e garantias fundamentais, sob pena de o ato que impôs a penalidade ser anulado pela própria Administração Pública ou pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, faz-se imprescindível a menção ao art. 5º, LIV e LV da Constituição brasileira:

Art. 5º: [...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Finalmente, resta lembrar que se trata de poder- dever do Poder Público, portanto, ao se conhecer de conduta que possa ensejar a aplicação de penalidade administrativa, a autoridade deve iniciar o processo administrativo para averiguar se tal conduta enquadra-se como infração e deve, por conseguinte, aplicar a sanção. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014) ressalta que o não exercício desse poder é considerado crime de condescendência criminosa, previsto no art. 320 do Código Penal, bem como ato de improbidade administrativa por atentar contra os princípios da Administração Pública (art. 11, II da lei 8429/92):

Art. 320 do CP: Deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente:
Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

Art. 11 da lei 8429/92: Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou

omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

4 PODER DISCIPLINAR SOBRE OS DETENTORES DE CARGO PÚBLICO FEDERAL: A INCONSTITUCIONALIDADE DA PENALIDADE DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS

4.1 REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES ESTATUTÁRIOS FEDERAIS

Primeiramente, insta fazer referência aos diferentes grupos que compõem a expressão agentes públicos.

Agentes públicos são as pessoas físicas que agem em nome do Poder Público, ainda que transitoriamente e sem remuneração, exercendo funções políticas ou jurídicas. O art. 2º da lei nº 8429/90, que trata sobre improbidade administrativa, traz uma melhor definição que se amolda aos objetivos do presente trabalho monográfico:

Art. 2º. Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Em suma, a expressão agentes públicos abarca como categorias, a saber, os agentes políticos, os particulares em colaboração com a Administração Pública e os servidores estatais.

Agentes políticos são, segundo Fernanda Marinela (2013, p. 607), “aqueles que constituem a vontade superior do Estado, que são os titulares de cargos estruturais da organização política do país, integrando o arcabouço constitucional do Estado, formando a estrutura fundamental do Poder”. Dessa forma, os agentes políticos são as pessoas que definem as diretrizes do Estado que serão executadas pelos demais agentes públicos. Em regra, as pessoas que integram essa categoria possuem mandato eletivo e têm seus direitos e deveres previstos na própria Constituição. São eles, os Chefes do Poder Executivo (Presidente, Governador e Prefeito) e seus auxiliares (ministros, em âmbito federal, e secretários nas demais órbitas federativas) bem como os membros do Poder Legislativo (Senadores, Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores).

Importante salientar que há controvérsia quanto à inclusão nessa categoria dos Magistrados e Membros do Ministério Público. Em razão de tal discussão não ter relevância ao presente trabalho, estes serão considerados como agentes políticos, seguindo o entendimento da maioria doutrinária.

Por sua vez, os particulares em colaboração são as pessoas que, não perdendo sua qualidade de particular, exercem função pública, mesmo que de forma transitória e sem remuneração. Constitui essa classe os particulares designados ou convocados para realizar função pública, como é o caso, dos mesários e jurados; os voluntários; os credenciados que são aqueles que realizam convênio com a Administração Pública, como exemplo, tem-se o médico privado conveniado com o SUS; e os delegados.

Os particulares em colaboração com o Estado por delegação são aqueles que possuem contrato com o Poder Público que, por sua vez, delegam serviço público aos particulares, como é o caso dos permissionários e concessionários. Integra também essa categoria os titulares de ofício de registro e ofício de notas. Quanto a estes últimos, Carvalho Filho (2015, p. 614) menciona:

No que concerne especificamente aos titulares de registro e ofícios de notas, cujas funções são desempenhadas em caráter privado, por delegação do Poder Público, como consigna o art. 236 da CF, sujeitam-se eles a regime jurídico singular, contemplado na Lei nº 8.935, de 18.11.1994, regulamentadora daquele dispositivo constitucional. Apesar de a função caracterizar-se como de natureza privada, sua investidura depende de aprovação em concurso público e sua atuação se submete a controle do Poder Judiciário, de onde se infere que se trata de regime jurídico híbrido. Não há dúvida, todavia, de que esses agentes, pelas funções que desempenham, devem ser qualificados como colaboradores do Poder Público, muito embora não sejam ocupantes de cargo público, mas sim agentes que exercem, em caráter de definitividade, função pública sujeita a regime especial.

Os servidores estatais ou agentes administrativos são, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 253):

[...] todos aqueles que entretêm com o Estado e suas entidades da Administração indireta, independentemente de sua natureza pública ou privada (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista), relação de trabalho de *natureza profissional* e caráter não eventual *sob vínculo de dependência*.

Os servidores estatais englobam os servidores estatutários regidos por estatutos e ocupantes de cargos públicos, os empregados públicos que, por sua vez, são regidos pelas leis trabalhistas e ocupam emprego público e os servidores temporários exercentes

de função pública e vinculados a um regime especial de direito administrativo. Relevante mencionar que a expressão servidor público abarca tanto o ocupante de cargo público quanto o ocupante de emprego público.

A possibilidade de contratação de servidor público temporário é prevista no art. 37, IX da Constituição Federal de 1988 que define que “a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”. Em âmbito federal trata-se da lei nº 8745/93. De modo geral, seguindo os parâmetros constitucionais, somente é possível a contratação de servidor temporário quando presentes três requisitos, a saber, serviço temporário, interesse público e excepcionalidade na contratação.

Os servidores temporários não ocupam cargo ou emprego público, distintamente dos servidores públicos, exercendo somente função pública. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 605) afirma que “Fala-se, então, em função dando-lhe um conceito residual: é o conjunto de atribuições às quais não corresponde um cargo ou emprego”. Dessa forma, a contratação de tal agente público não possui caráter de permanência.

Em razão da contratação do servidor temporário ser excepcional, não é necessária a realização de concurso público para o exercício de tal função. Ainda é importante frisar que essa admissão não cria vínculo celetista com a Administração. Tais agentes públicos têm regime especial de direito administrativo, onde eventual conflito decorrente dessa relação deve ser discutido, na via judiciária, na Justiça Comum estadual ou federal. Interessante trazer a seguinte observação de Matheus Carvalho (2015, p. 201):

[...] Não é possível a contratação de temporários para substituir efetivos, sob pena de se estar diante de uma atuação inconstitucional do agente público. Essa contratação irregular acontece com frequência, na prática, pelo fato de que os temporários não adquirem estabilidade, por isso, é mais simples a sua exoneração; além de ser mais simples a contratação, uma vez que o texto constitucional não exige concurso para a contratação destes agentes.

Para conceituar empregado público e servidor estatutário é necessário, primeiramente, que se faça a distinção entre cargo e emprego público. Segundo Hely Lopes Meirelles (2013, p. 477), “*Cargo público* é o lugar instituído na organização do serviço público com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei”. O emprego público igualmente se caracteriza por ser uma unidade

de atribuições criada mediante norma legal. A diferença é o tipo de vínculo entre o servidor e o Estado. Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 604):

Quando se passou a aceitar a possibilidade de contratação de servidores sob o regime da legislação trabalhista, a expressão **emprego público** passou a ser utilizada, paralelamente a cargo público, também para designar uma **unidade de atribuições**, distinguindo-se uma da outra pelo tipo de vínculo que liga o servidor ao Estado; o ocupante de emprego público tem vínculo contratual, sob a regência da CLT, enquanto que o ocupante do cargo público tem um vínculo estatutário, regido pelo Estatuto dos Funcionários Públicos que, na União, está contido na lei que instituiu o regime jurídico único (Lei nº 8112/90).

Os ocupantes de emprego público são admitidos na Administração Pública Indireta de direito privado através de concurso público, em decorrência do art. 37, II da CF/88. Após a realização do concurso público, o vínculo que se inicia com o Poder Público é contratual regido pelas leis trabalhistas, como já explicitado. Diferentemente dos servidores estatutários, não adquirem estabilidade, em contrapartida, estão sujeitos a algumas limitações que estes possuem previstas na Constituição brasileira, como a relacionada à acumulação de cargos. Ainda, em razão do vínculo celetista que possuem com o Estado, eventual conflito é de competência da Justiça Trabalhista (art. 109, I da CF/88).

Por sua vez, os servidores estatutários são aqueles que exercem cargos públicos e, portanto, o vínculo que possuem perante a Administração Pública é disciplinado pelos estatutos jurídicos. Em âmbito federal trata-se da lei nº 8112/90. Os entes federativos, as autarquias e fundações públicas de direito público somente podem ter seus cargos preenchidos por estatutários.

Importante salientar que os servidores estatutários são divididos em efetivos e comissionados. Os primeiros devem adentrar a Administração Pública mediante concurso público e após três anos de efetivo exercício no cargo e aprovação em avaliação especial de desempenho adquirem estabilidade (art. 41, caput e § 4º da Constituição Federal). Depois de adquirida a estabilidade os servidores públicos somente podem perder seu cargo nas hipóteses enumeradas no art. 41, § 1º da CF/88:

Art. 41: [...]

§1º O servidor público estável só perderá o cargo:

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

Além dessas hipóteses previstas no art. 41 da CF/88, é possível que o ocupante de cargo público efetivo seja exonerado em razão de cortes de gastos, em conformidade com o art. 169, § 4º do texto constitucional. Importante ressaltar que nessa situação é concedida ao servidor indenização correspondente a um mês de remuneração para cada ano de serviço prestado e ainda a garantia de que o cargo público que exercia será extinto e o Estado não poderá criar outro equiparado por no prazo de 04 anos:

Art. 169: [...]

§ 3º Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no caput, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências:

§ 4º Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.

§ 5º O servidor que perder o cargo na forma do parágrafo anterior fará jus a indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço.

§ 6º O cargo objeto da redução prevista nos parágrafos anteriores será considerado extinto, vedada a criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou assemelhadas pelo prazo de quatro anos.

Por seu turno, os servidores públicos estatutários comissionados ingressam aos cargos públicos sem a necessidade de realização de concurso público tendo como justificativa o fato de exercerem função de confiança que se caracteriza por ter atribuições de chefia, assessoramento e direção. Nesse sentido, a nomeação e a exoneração de tais servidores são realizadas de forma livre, logo, imotivada, o que, por consequência demonstra que não há o direito a estabilidade no serviço público.

O vínculo existente entre o servidor estatutário e a Administração Pública em âmbito federal é regulado pela lei nº 8112/90 que instituiu o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, autarquias e das fundações públicas federais. Trata-se de relação especial entre o Poder Público e seus agentes, fundamentada na hierarquia, da qual decorre que na prática de conduta qualificada como infração funcional, em razão do dever de obediência do servidor, deve ser exercido, por conseguinte, o poder disciplinar, que autoriza a aplicação de penalidade administrativa.

Como já elucidado, o poder disciplinar da Administração Pública é prerrogativa decorrente do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, onde os poderes concedidos ao Estado são instrumentos que devem ser manejados apenas nos limites do interesse coletivo sem que implique na violação de direitos

fundamentais. Dessa forma, ao Poder Público existe o direito de punir aqueles que possuem vínculo especial perante tal entidade, mas essa punição deve obedecer aos limites constitucionais e legais, explícitos e implícitos que permeiam o ordenamento jurídico.

Nesse sentido, o Título IV da lei nº 8112/90 regula o regime disciplinar dos servidores estatutários federais, onde são definidos os deveres do servidor, quais condutas são proibidas, a responsabilidade que decorre de sua atuação, bem como as penalidades a que podem ser submetidos e como é regulado o processo administrativo para a apuração e consequente aplicação das sanções administrativas.

Importante mencionar novamente que se trata de poder-dever, logo, na possibilidade de ter sido cometida infração, deve ser instaurado o procedimento administrativo e averiguando-se que houve falta pelo servidor, é obrigação do Poder Público aplicar a penalidade correspondente. Nesse caso, ao impor a sanção deve ser observado o art. 128 da referida lei que afirma que “na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais”.

O art. 127 da lei dos servidores públicos federais prevê como penalidades a advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão e destituição de função comissionada.

A penalidade de cassação de aposentadoria dos servidores públicos federais apesar de prevista no art. 127, IV e art. 134 da lei nº 8112/90 que aduz que “Será cassada a aposentadoria ou a disponibilidade do inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão”, extrapola os limites do poder disciplinar da Administração Pública, tendo em vista que sua imposição viola o direito fundamental à aposentadoria (art. 6º, XXIV da CF/88), bem como os princípios da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI da CF/88), moralidade (art. 37, caput da CF/88) e razoabilidade. Ademais, é importante ressaltar que referida sanção administrativa somente pode ser aplicada ao servidor ocupante de cargo público efetivo que esteja vinculado a Regime Previdenciário Próprio.

A aposentadoria, segundo Dirley da Cunha Junior (2014, apud BORGES JUNIOR, 2015, p. 243) “é um direito fundamental, de natureza social, à inatividade remunerada, assegurado ao servidor em caso de invalidez, idade ou a pedido, se satisfeitas, neste último caso, certas condições”.

Em razão de a aposentadoria ser benefício previdenciário, somente há direito a se aposentar quem, além de outros critérios previstos na Constituição e na lei, realizou o pagamento de contribuições previdenciárias. Trata-se de tributo, logo, prestação pecuniária compulsória cobrada pelo Estado, que garante ao segurado o direito de ter os riscos sociais cobertos pela Previdência Social supridos pelo Poder Público. Dessa forma, além de retirar o direito fundamental que o servidor público possui de se aposentar, viola a segurança jurídica, pois o Estado, fundamentando sua conduta no poder disciplinar, fere direito adquirido do agente público. Conforme Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2011, p. 163), direito adquirido:

[...] como aquele que se aperfeiçoou, que reuniu todos os elementos necessários à sua formação sob a vigência de determinada lei. Cumprido todos os requisitos para a satisfação de um direito sob a vigência da lei que os exige, protegido estará o indivíduo de alterações futuras, provocadas por nova lei, que estabeleça disciplina diversa para a matéria (desfavorável ao indivíduo).

Ademais, tal penalidade vai de encontro ao princípio da moralidade administrativa. A relação previdenciária fundamentada, basicamente, no dever que o indivíduo que exerce atividade remunerada tem de contribuir frente à Previdência Social e no correspondente direito que este tem de ver os riscos sociais por ela cobertos serem supridos, decorre do pagamento de tributo. Dessa forma, se o Poder Público não realizar a contraprestação que deriva de tal contribuição, como é o caso da cassação de aposentadoria do servidor público, pois, explica-se - tendo em vista que o estatutário aposentou-se em razão de ter cumprido os requisitos constitucionais e legais para a concretização desse direito, sendo um deles o pagamento de tributo - haverá o enriquecimento ilícito do erário, situação que deve ser combatida. Nesse sentido faz-se imprescindível a conclusão de DI PIETRO (2015):

Qualquer outra interpretação leva ao enriquecimento ilícito do erário e fere a moralidade administrativa. Não tem sentido instituir-se contribuição com caráter obrigatório e depois frustrar o direito à obtenção do benefício correspondente. Assim, se a demissão não pode ter o condão de impedir o servidor de usufruir o benefício previdenciário para o qual contribuiu nos termos da lei (da mesma forma que ocorre com os vinculados ao Regime Geral), por força de consequência, também não pode subsistir a pena de cassação de aposentadoria, que substitui, para o servidor inativo, a pena de demissão.

Fundamentado nesses argumentos que serão posteriormente ampliados e em outros que serão apresentados ao longo do trabalho monográfico será demonstrado que

a penalidade de cassação de aposentadoria prevista no arts.127, IV e 134 da lei 8112/90 é inconstitucional, pois viola os limites do Poder Disciplinar da Administração Pública.

4.2 ORIGEM DA PENALIDADE DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS

Conforme o art. 39, caput da Constituição Federal de 1988, “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas”.

Nesse sentido, bem como já ressaltado, a lei nº 8112/90 foi instituída com o intuito de regular a relação existente entre o ocupante de cargo público efetivo ou comissionado e o Poder Público em âmbito federal, tratando, entre diversos assuntos, do regime disciplinar do servidor estatutário. Nesse liame, o art. 134 da referida lei prevê que, no caso de a Administração Pública constatar, mediante procedimento administrativo, que o ex- servidor aposentado cometeu, quando em atividade, falta punível com demissão terá sua aposentadoria cassada como penalidade.

Quando tal estatuto foi criado e, por conseguinte, quando tal sanção administrativa fora prevista, entendia-se que a relação jurídica entre o servidor público e o Estado era perpétua. Nesse sentido, mesmo após o agente público aposentar-se, o vínculo existente entre este e o Poder Público não cessava, em verdade, apenas ocorria uma alteração no estado funcional do servidor que passava de ativo para inativo. Dessa forma, o objetivo de tal penalidade era pôr fim à relação jurídica entre o servidor inativo e o Estado (MARTINS, 2009).

A aposentadoria do servidor público antes das emendas constitucionais nº 03/1993, 20/1998 e 41/2003 tinha natureza de prêmio concedido pelo Estado ao agente administrativo em razão da ocupação de cargo público e tempo no serviço público. Dessa forma, preenchidos tais requisitos, o servidor tinha o direito de aposentar-se, independentemente do pagamento de contribuições previdenciárias. Os proventos que receberia a título de aposentadoria seriam de responsabilidade do Erário. Tais afirmativas decorrem dos ensinamentos de Bruno Sá Freire Martins (2009):

Portanto, a pena de cassação de aposentadoria pressupõe o cometimento de uma falta grave durante o exercício de suas atividades, ensejadora da demissão ao servidor ativo e que venha a ser aplicada a este somente após sua aposentadoria, sempre com o objetivo de extinguir a relação jurídica entre o Estado e o servidor. A pena de cassação de aposentadoria, nos contornos em que é colocada hoje, toma por base os conceitos jurídicos existentes nos anos noventa, período em que foram editados os Estatutos de Servidores, alimentados pelos institutos constantes do ordenamento constitucional de 1967, onde sempre se pressupôs que a relação jurídica Estado- servidor seria perpétua. Além disso, tanto o regime de 1967 quanto o regime da redação original da atual Constituição entendiam a aposentadoria como uma benesse concedida aos servidores pelo Estado, em razão de este ter alcançado determinado tempo de serviço prestado. Prova desse entendimento consiste no fato de que até os servidores ao se aposentar poderiam inclusive usufruir de valores pecuniários que não integraram sua remuneração quando em atividade, como, por exemplo, o Adicional de Final de Carreira.

No entanto, conforme os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015), após a edição da emenda constitucional nº 03/1993, a natureza jurídica da aposentadoria do servidor público foi alterada. De prêmio concedido pelo Estado em razão do tempo de atuação no serviço público tornou-se benefício previdenciário, ou seja, a sua concessão somente pode ocorrer se, dentre outros requisitos, houver o recolhimento das contribuições previdenciárias. Com a emenda constitucional nº 03/93 o enunciado do art. 40, § 6º da CF/88 determinou que “As aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei”. A emenda constitucional nº 20/98 instituiu o regime previdenciário contributivo para os servidores estaduais e municipais em caráter facultativo e, por fim, a emenda constitucional nº 41/2003, que alterou o caput do art. 40 e o § 1º do art. 149 da Constituição Federal, determinou a instituição desse regime em caráter obrigatório para todas as esferas do governo:

Art. 40: Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

Art. 149: [...]

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União.

Observa-se, portanto, que quando tal penalidade fora criada, a natureza jurídica da aposentadoria do servidor público era de prêmio concedido pelo Estado em razão do cargo. Entretanto, após três anos de sua criação – a lei dos servidores públicos civis da

União foi editada em 1990 enquanto que a emenda constitucional que alterou a natureza jurídica da aposentadoria foi editada em 1993 – houve sua alteração jurídica para benefício previdenciário que, no entanto, não fora seguida pelo texto legal que continuou prevendo a referida sanção administrativa.

Ademais, a alteração da natureza jurídica da aposentadoria do servidor público fez surgir duas relações jurídicas distintas, a saber, de um lado, o vínculo administrativo entre o servidor e o Estado fundamentado na hierarquia e regido pelo Direito Administrativo, de outro, o vínculo previdenciário entre o segurado e o Estado baseado, por sua vez, no pagamento de contribuições previdenciárias e regido pelo Direito Previdenciário. Dessa forma, a aplicação dessa sanção administrativa está em total desconformidade com o regime previdenciário dos servidores públicos, o que demonstra que o Poder Público deve eliminar tal penalidade, vez que incompatível com o ordenamento jurídico. Conforme Bruno Sá Freire Martins (2009):

Então, conclui-se que a natureza premial das aposentadorias, existente no ordenamento jurídico anterior, padece diante da nova realidade jurídica consistente na obrigatoriedade do pagamento de contribuições, fundamentada no caput do artigo 40 (redação dada pela EC n. 20/98) e 1º do art. 149 (redação dada pela EC n. 41/03), ambos da Carta Maior. Portanto, em termos previdenciários, não prevalece mais a relação estatutária perpétua entre o servidor e o Estado, mas sim o regime contributivo, afastando assim qualquer possibilidade de ascensão do Estado sobre o servidor após a sua aposentadoria, sob o argumento de responsabilização de falta cometida durante o exercício das atividades laborativas. Na verdade o ordenamento constitucional reformulado segmentou a relação jurídica Estado- servidor em duas: a primeira estatutária no que tange a maioria de seus direitos, deveres e vantagens e a segunda de seguro *sui generis* quando nos referimos às regras relativas aos benefícios previdenciários.

4.3 VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À APOSENTADORIA

Direitos fundamentais, segundo Uadi Lammêgo Bulos (2011, p. 515):

[...] são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à *soberania popular*, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou *status* social.

Ao tratar-se do estudo dos direitos fundamentais, a doutrina costuma dividir a sua evolução, em regra, em três gerações.

A primeira geração engloba os direitos individuais e surge no século XVIII com os movimentos liberais, onde a população busca uma menor interferência do Estado nos diversos segmentos da sociedade. Inaugura-se o Estado de Direito, onde o ordenamento jurídico traz limites não somente a atuação do cidadão, mas principalmente, à atuação estatal, com intuito de pôr fim as arbitrariedades impostas pelo soberano na época dos Estados Absolutos. Os direitos perseguidos nessa primeira fase são aqueles relacionados à liberdade de locomoção, pensamento, religião, ou seja, aos direitos políticos e as liberdades públicas. Nesse sentido, Pedro Lenza (2014, p. 1056):

Os **direitos humanos da 1ª dimensão** marcam a passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito e, nesse contexto, o respeito às **liberdades individuais**, em uma verdadeira perspectiva de absentismo estatal. [...] Conforme anota Bonavides, “os direitos de primeira geração ou direitos de liberdades têm por titular o **indivíduo**, são **oponíveis** ao Estado, traduzem-se como facultades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são **direitos de resistência** ou de **oposição** perante o Estado”.

A segunda geração tem como marco histórico a Revolução Industrial do século XIX. Diferentemente da primeira geração que buscava uma menor intervenção do Estado, esta foi marcada pela necessidade de maior atuação do Poder Público para garantir o bem-estar e a igualdade social, tendo em vista que ao mesmo tempo em que a inovação tecnológica trouxe grandes avanços ao capitalismo, conduziu a uma grande desigualdade social, clamando ao Estado meios para diminuir tais disparidades. Os direitos compreendidos nessa fase são os direitos sociais, econômicos e culturais, como o direito ao trabalho, ao seguro social, o amparo à doença e à velhice (BULOS, 2011).

Os direitos fundamentais de terceira geração, por sua vez, caracterizam-se por ser os direitos de fraternidade e solidariedade, tendo como marco histórico o pós Segunda Guerra Mundial. São os chamados direitos difusos, englobando o direito ao meio ambiente equilibrado, a proteção aos indígenas, à criança e o adolescente, entre outros. Pedro Lenza (2014, p. 1057- 1058):

Os **direitos fundamentais da 3ª dimensão** são marcados pela alteração da sociedade por profundas mudanças na comunidade internacional (sociedade de massa, crescente desenvolvimento tecnológico e científico), identificando-se profundas alterações nas relações econômico-sociais. Novos problemas e preocupações mundiais surgem, tais como a necessária noção de **preservacionismo ambiental e as dificuldades para proteção dos consumidores [...]. O ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade ou fraternidade.**

Os direitos sociais, os chamados direitos de segunda geração, caracterizam-se por serem os direitos que necessitam da atuação estatal para que possam ser concretizados. São, portanto, “*direitos de crédito*, pois envolvem *poderes de exigir*, por meio de prestações positivas do Estado” (BULOS, 2011, p. 789), em distinção aos direitos individuais que se caracterizam por serem direitos de agir. Sua finalidade é efetivar a igualdade material, ou seja, garantir que os cidadãos tenham as mesmas possibilidades de vida digna, garantindo, por conseguinte, a justiça social. José Afonso da Silva (2009 apud Bertramello, 2013) conceitua direitos sociais como sendo:

[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.

Rafael Bertramello (2013) conclui:

De fato, os direitos sociais exigem a intermediação dos entes estatais para sua concretização; consideram o homem para além de sua condição individualista, e guardam íntima relação com o cidadão e a sociedade, porquanto abrangem a pessoa humana na perspectiva de que ela necessita de condições mínimas de subsistência.

Nesse sentido, o Título II, Capítulo II da Constituição Federal de 1988 enumera dos artigos 6º ao 11 os direitos sociais dos cidadãos. O art. 6º define que “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

O regime da previdência social, próprio e geral, está previsto nos artigos 40 e 201 da Constituição Federal de 1988, respectivamente, que em razão da emenda constitucional nº 20/98 adquiriu caráter contributivo e obrigatório, a saber:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá nos termos da lei.

Segundo Frederico Amado (2015, p. 74), a previdência social:

[...] pode ser definida como um seguro com regime jurídico especial, pois regida por normas de Direito Público, sendo necessariamente contributiva, que disponibiliza benefícios e serviços aos segurados e seus dependentes, que variarão a depender do plano de cobertura.

A previdência social garante àqueles que são filiados a um de seus regimes o direito a cobertura dos riscos sociais nela previstos através do recebimento de algum benefício previdenciário, em conformidade com os requisitos estabelecidos na Constituição e na lei.

Para ter direito à previdência social é necessário que o indivíduo seja filiado a algum de seus regimes. A filiação é obrigatória e ocorre, em geral, a partir do momento em que o cidadão começa a exercer atividade remunerada. Desta feita, deverá realizar o recolhimento de contribuições previdenciárias que é espécie de tributo, e, portanto, “prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”, conforme o art. 3º do Código Tributário Nacional.

Estão filiados ao Regime Geral da Previdência Social (RGPS) e regidos pelo art. 201 da CF/88 e lei 8213/91, os trabalhadores em geral que não ocupem cargo público efetivo ou que sejam militares. Por sua vez, são filiados ao Regime Próprio da Previdência Social e regidos pelo art. 40 da CF/88 e seus estatutos, os ocupantes de cargo público efetivo da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias e fundações de direito público. Importante ressaltar que os ocupantes de cargo público exclusivamente comissionado estão filiados ao Regime Geral da Previdência Social.

O principal requisito para que o segurado da previdência social possa ter direito ao recebimento de benefício previdenciário é o pagamento das contribuições previdenciárias. Dessa forma, do dever de pagar tributo surge o direito de ter os riscos sociais por ela cobertos supridos. Nesse sentido, Frederico Amado (2015, p. 65- 66):

No Brasil, um dos grandes traços que diferenciam a previdência social da assistência social e da saúde pública é o seu caráter contributivo, pois apenas terão cobertura previdenciária às pessoas que vertam contribuições ao regime que se filiaram, de maneira efetiva ou nas hipóteses presumidas por lei, sendo pressuposto para a concessão de benefícios e serviços aos segurados e seus dependentes.

A aposentadoria, direito social previsto no art. 6º, XXIV da Constituição brasileira, é um dos benefícios decorrentes da previdência social, portanto, o requisito

básico para que o segurado de regime próprio ou geral deve preencher para concretizar tal direito é a realização do recolhimento das contribuições previdenciárias. É o direito que o segurado tem de receber quando na inatividade proventos para seu sustento em razão de não possuir mais meios para continuar trabalhando.

O regime previdenciário próprio dos servidores públicos federais possui seu regramento estabelecido no Texto Maior e na lei nº 8112/90. Conforme José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 726), a “Aposentadoria é o direito, garantido pela Constituição, ao servidor público, de perceber determinada remuneração na inatividade diante da ocorrência de certos fatos jurídicos previamente estabelecidos”.

A aposentadoria do servidor ocupante de cargo público efetivo decorre de três modalidades, a saber, por invalidez, compulsória ou voluntária.

O servidor público federal será aposentado por invalidez permanente quando o laudo pericial constatar que há incapacidade total e permanente para o serviço público, conforme o art. 40, § 1º, I da CF/88 e art. 186, I da lei nº 8112/90. Nesse caso, os proventos serão proporcionais ao tempo de contribuição, ressalvadas as situações em que perceberá remuneração integral em razão de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificada em lei. O art. 186, § 1º enumera quais as doenças ensejadoras de aposentadoria com proventos integrais.

Por sua vez a aposentadoria compulsória ocorre quando o servidor público ocupante de cargo público atinge os 75 anos. A lei, nessa hipótese, prevê que há incapacidade absoluta do agente para o exercício do serviço público. Dessa forma, atingindo a idade será aposentado, independentemente de requerimento pelo servidor, e receberá proventos proporcionais ao tempo de serviço.

Por fim, a aposentadoria voluntária depende da manifestação de vontade do servidor para ingressar na inatividade. Prevista no art. 40, § 1º, III do Texto Maior, determina que devam ser preenchidos os seguintes requisitos, conforme aduz José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 730):

1. ter o servidor 35 anos de contribuição, se homem, e 30, se mulher;
2. ter a idade mínima de 60 anos, se homem, e 55, se mulher;
3. ter cumprido tempo mínimo de 10 anos de efetivo exercício no serviço público;
4. ter ocupado cargo efetivo por 5 anos.

Dessa forma, preenchidos os requisitos previstos na Constituição Federal e na legislação específica surge ao servidor público o direito fundamental à aposentadoria

que não pode ser violado pela Administração Pública, sobre o pretexto de sua conduta ser baseada no interesse público ao exercer o poder disciplinar.

Como já elucidado anteriormente, o regime jurídico administrativo fundamenta-se em dois princípios: princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e princípio da indisponibilidade do interesse público pela Administração Pública. O Poder Público deve assentar sua atuação na busca pelo interesse coletivo, entretanto, sua conduta é limitada para evitar que, a pretexto do interesse público, imponha arbitrariedades ao particular. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p.62) afirma:

[...] o Direito Administrativo nasceu e desenvolveu-se baseado em duas ideias opostas: de um lado, a **proteção aos direitos individuais** frente ao Estado, que serve de fundamento ao princípio da legalidade, um dos esteios do Estado de Direito; de outro lado, a de **necessidade de satisfação dos interesses coletivos**, que conduz à outorga de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública, quer para limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo (poder de polícia), quer para a prestação de serviços públicos. Para assegurar-se a liberdade, sujeita-se a Administração Pública à observância da lei e do direito (incluindo princípios e valores previstos explícita ou implicitamente na Constituição); é a aplicação, ao direito público, do **princípio da legalidade**. Para assegurar-se a autoridade da Administração Pública, necessária à consecução de seus fins, são-lhe outorgados prerrogativas e privilégios que lhe permitem assegurar a **supremacia do interesse público sobre o particular**.

Os poderes administrativos, prerrogativas da Administração Pública decorrentes do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado para alcançar o interesse precípua do Estado, devem ser exercidos em conformidade com os limites constitucionais e legais, explícitos e implícitos que regem o ordenamento jurídico, sendo que uma dessas limitações que balizam a atuação estatal é o respeito aos direitos fundamentais do cidadão. Isabelle de Baptista (2013, p. 65) leciona:

Decorre daí que os direitos fundamentais são vinculativos, pois uma vez positivados no corpo constitucional, impõem a observância obrigatória por todos os Poderes, Legislativo, Judiciário e Executivo, em razão da superioridade que as normas constitucionais asseguradoras de direitos fundamentais possuem em nosso ordenamento jurídico. Especificamente no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, assegura-se que todos os direitos e garantias fundamentais – e aí se incluem os direitos individuais e coletivos, sociais e políticos, independentemente da localização de tais direitos ao longo do texto constitucional brasileiro – possuem aplicação imediata. Dessa forma, os direitos e garantias fundamentais são imediatamente vinculantes a todos os poderes estatais legalmente constituídos. Todas as normas relacionadas a direitos e garantias fundamentais são preceitos normativos que vinculam o poder do Estado de forma direta e imediata (SARLET, 2008, p. 384- 404).

Em verdade, a finalidade do Estado Democrático de Direito ao alcançar o interesse público é concretizar os direitos e garantias fundamentais do cidadão. Dessa forma, não é possível vislumbrar que a conduta da Administração Pública viole tais direitos. Nesse sentido, Isabelle de Baptista (2013, p. 65):

O princípio da supremacia do interesse público adentra o ordenamento jurídico brasileiro nesse espírito de imposição de uma superioridade *a priori*, não para fins de realização das razões de Estado, mas para o exercício de uma desigualdade frente aos interesses particulares, apenas para a imposição e satisfação dos direitos e garantias fundamentais, inseridos na atual ordem constitucional, como legítimos interesses públicos.

O interesse público caracteriza-se por ser uma dimensão social dos interesses dos particulares, logo, não é possível alegar que se trata de interesses antagônicos, o que, por conseguinte, não permite afirmar que a violação de um direito individual pelo Poder Público seja legitimada em razão do interesse coletivo. Nesse seguimento, o pensamento de SCHIE (2005 apud Isabelle de Baptista, 2013, p. 65) faz-se relevante:

[...] Assim, os direitos, liberdades e garantias fundamentais não são compreendidos como “concessões” estatais e nem tampouco podem ser vistos como um “resto” de direitos que só podem ser afirmados quando não estejam presentes outros interesses mais “nobres”, quais sejam, os públicos. Ao contrário, os direitos fundamentais “privados” devem integrar a própria noção do que seja o interesse público e este somente se legitima na medida em que nele estejam presentes aqueles. A regra, portanto, é de que não se excluem, pois compõem uma unidade normativa e axiológica.

Nesse liame, a Administração Pública, ao desempenhar seu poder disciplinar, deve atuar de forma que a imposição da penalidade não transgrida direitos do infrator. A conduta do Estado que impossibilite o cidadão de exercer direito fundamental reconhecido pela ordem jurídica é autoritária e contrária ao Estado Democrático de Direito, devendo ser anulada seja pela própria Administração, seja pelo Poder Judiciário. A doutrina de Marçal Justen Filho (2011, p. 131) faz-se relevante:

A atividade administrativa do Estado Democrático de Direito subordina-se, então, a um critério fundamental, que é anterior à supremacia do interesse público. Trata-se da *supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais*. Aliás, e com muito maior precedência, essa peculiaridade já fora apontada entre nós por Juarez Freitas, que afirmava ser necessário respeitar “as considerações acerca do transcendental princípio da universalização do interesse público e da correlata subordinação das ações estatais à dignidade da pessoa humana”.

A aplicação da penalidade de cassação de aposentadoria ao servidor público que cometeu infração quando em atividade é, neste sentido, inconstitucional, pois ao

impossibilita o agente público de concretizar seu direito fundamental à aposentadoria extrapola os limites dos poderes administrativos, no caso, o poder disciplinar da Administração Pública, conduta que como já retratada, é ilegal. Cabe concluir com o argumento trazido por Wilbran Schneider Borges Junior (2015, p. 250-251):

[...] Os direitos fundamentais previstos no texto constitucional não podem ser deixados de lado. No Brasil, eles têm aplicação imediata e não sofrem limitações desarrazoadas. Ademais, é sabido que o direito de aposentadoria é direito social fundamental, a teor do art. 5º, § 3º da Constituição Federal. Nesse espectro, há manifesta inconstitucionalidade da pena disciplinar de cassação de aposentadoria daquele servidor já aposentado e que é obstado de perceber seus proventos, em clara afronta, ainda ao seu direito adquirido.

4.4 VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

A penalidade de cassação de aposentadoria do ocupante de cargo público efetivo em razão do cometimento de infração punível com demissão quando em atividade prevista no art. 134 da lei nº 8112/90 viola, ainda, o princípio da segurança jurídica.

A segurança jurídica é uma garantia fundamental de estabilidade das relações jurídicas concedida aos cidadãos. Prevista no art. 6º da LINDB e art. 5º, XXXVI da Constituição Federal, garante que as alterações legais não atingirão o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito. Seu escopo, portanto, é proteger o particular da instabilidade jurídica decorrente da profusa edição de leis que é comum no ordenamento brasileiro. Importante fazer menção aos dispositivos citados:

Art. 6º. A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixado, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

Art. 5º. [...]

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Quanto ao significado do termo “lei”, este é empregado nesses dispositivos nos sentidos formal e material. Dessa forma, compreende todo ato emanado do Poder Legislativo cuja elaboração está prevista na Constituição e que ostenta conteúdo de norma jurídica, logo, tem o condão de criar direitos e obrigações. Desta feita, engloba

todas as espécies legislativas enumeradas no art. 59 da CF/88, a saber, emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções (BULOS, 2011).

Coisa julgada é o efeito que recai na decisão judicial que a torna inalterável e indiscutível. Quanto aos seus limites, pode ser formal ou material. A coisa julgada formal impossibilita que a decisão seja modificada dentro do processo em que foi proferida. Em contrapartida, a coisa julgada material não permite que a mesma questão seja discutida em qualquer outra demanda. São esses os ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2013, p. 630):

[...] A coisa julgada formal, como se nota, é *endoprocessual*, e se vincula à impossibilidade de rediscutir o tema decidido dentro da relação jurídica processual em que a sentença foi prolatada. Já a coisa julgada material é *extraprocessual*, ou seja, seus efeitos repercutem fora do processo.

Por seu turno, o ato jurídico perfeito, segundo Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2011, p. 163):

[...] é aquele já efetivamente realizado, sob as regras da lei vigente na época de sua prática. Representa, pois, um adição ao direito adquirido; mais do que isso, o ato que esse direito possibilita já foi realizado, o direito já foi efetivamente exercido.

Direito adquirido, por sua vez, é o direito que foi incorporado ao patrimônio jurídico e a personalidade de seu titular, em razão de ter sido cumprido os requisitos em conformidade com o ato que o editou, não podendo lei posterior criar situação que o viole. Uadi Lammêgo Bulos (2011, p. 615- 616) assim leciona:

A garantia dos direitos adquiridos incide quando é deflagrado o processo de criação de novas leis ou de reforma daquelas já existentes, servindo para resguardar benefícios oriundos de situações jurídicas vantajosas para o sujeito, as quais foram consolidadas antes da entrada em vigor de novas disposições legais. Sendo assim, o direito adquirido funciona como cláusula de bloqueio, impedindo que situações integradas, em definitivo, ao patrimônio do seu titular possam ser alcançadas pela lei nova. Seu papel é manter, no tempo e no espaço, os efeitos jurídicos de preceitos que sofreram mudanças ou supressões.

O princípio da segurança jurídica deve ser observado por todas as esferas do Poder Público, portanto, a atuação da Administração Pública ao exercer a função administrativa também deve ser pautada por esse preceito.

O direito a aposentadoria, como já dito anteriormente, é direito social decorrente da previdência social, logo, para que seja concretizado, é necessário que sejam vertidas contribuições previdenciárias ao Poder Público, além de serem preenchidos outros requisitos estabelecidos na Constituição e na lei.

No caso dos servidores ocupantes de cargo público efetivo, em função da alteração do texto constitucional com as emendas nº 03/93, 20/98 e 41/03, a aposentadoria, de prêmio concedido pelo tempo laborado no serviço público passou a ter caráter contributivo regido pelo Direito Previdenciário. Dessa forma, em razão das contribuições realizadas ao longo dos anos e do preenchimento dos demais requisitos já mencionados, consolida-se ao patrimônio jurídico do agente público o direito de se aposentar. Esse entendimento é esposado nas palavras de Mauro Roberto Gomes de Mattos (2014, p. 11):

Com a alteração das regras da aposentadoria, deixou a mesma de ser um benefício auferido pela implementação de determinado tempo de serviço, passando a ser uma retribuição correspondente ao tempo de contribuição previdenciária. Após essa modificação jurídica do sistema de aposentadoria, não resta dúvida que ela deixou de ser um prêmio àquele servidor que permanecesse no serviço público por um determinado período de tempo, para se caracterizar como um fundo, onde o beneficiário contribui pecuniariamente para ter direito de se aposentar, respeitados os requisitos estabelecidos em lei.

Trata-se, por conseguinte, de direito adquirido do servidor que não pode ser violado pelo Estado, já que cria ao agente público uma situação de instabilidade jurídica que deve ser evitada pelo Poder Público. Após o preenchimento de todos os requisitos legais para a concessão da aposentadoria, é dever do Estado de reconhecê-la. Dessa forma, a penalidade de cassação de tal direito configura uma extrapolação do Poder Disciplinar da Administração Pública, sendo em verdade uma manifestação de autoritarismo do Estado que ao aplicá-la desrespeita claramente uma garantia constitucional do cidadão. Importante trazer as conclusões de Wilbran Schneider Borges Junior (2015, p. 247- 248):

Deixar um servidor que jubilou, aposentou, reformou sem a devida contraprestação do Estado, afigura-se um dissenso, uma ilegalidade e inconstitucionalidade mais do que manifesta. Se ocorreu o atingimento dos requisitos para o benefício previdenciário de aposentadoria naquele regime previdenciário anteriormente vinculado, é direito mais do que adquirido de ter o benefício.

A possibilidade de cassação de aposentadoria do cidadão somente pode ocorrer quando for reconhecida pela Administração Pública que houve alguma ilegalidade quando de sua concessão. Isto posto, a sanção prevista no art. 134 da lei dos servidores públicos federais mostra-se desarrazoada frente ao regime previdenciário do servidor na hipótese de ter este satisfeito todas as exigências legais para a obtenção desse direito. Tal afirmativa é corroborada pelas conclusões de Mauro Roberto Gomes de Mattos (2014, p. 13):

Por essa razão, entende-se ser **inconstitucional a imposição da presente penalidade de perda do direito de receber a aposentadoria previdenciária, pois o servidor somente a perderá se fraudar o tempo de contribuição, com vantagens fictícias ou inexistentes.** (...) Por pertencer ao seu rol de direitos imutáveis, adquiridos por meio de contribuições sucessivas e mensais, jamais poderão ser retirados de seus proventos, **salvo se comprovada fraude ou má-fé na concessão dos mesmos**, pois do contrário, é **direito impostergável** do aposentado receber o numerário correspondente de seu fundo previdenciário de aposentadoria.

4.5 VÍNCULO ADMINISTRATIVO E VÍNCULO PREVIDENCIÁRIO

A penalidade de cassação de aposentadoria do servidor público federal, além de violar o direito fundamental à aposentadoria e abalar a segurança jurídica, extrapola o vínculo administrativo entre a Administração Pública e o ex- agente público ao atingir vínculo previdenciário, relação distinta regida por princípios específicos.

Anteriormente as emendas constitucionais nº 03/1993, 20/1998 e 41/2003, a aposentadoria do servidor público era decorrente do exercício do cargo público, sendo um prêmio concedido em razão do tempo de labor na Administração Pública. Quando a Constituição foi promulgada e o estatuto do servidor público federal foi instituído, entendia-se que a relação existente entre o agente público e o Estado – relação essa fundamentada na hierarquia – era perpétua. Dessa forma, após determinado tempo de labor o servidor era posto na inatividade, mas seus proventos seriam de responsabilidade do Erário. A justificativa da penalidade de cassação de aposentadoria era, desse modo, extinguir o vínculo administrativo entre o Poder Público e o ex- ocupante de cargo público que cometeu infração quando em atividade (MARTINS, 2009).

Após a implementação dessas emendas constitucionais no ordenamento jurídico houve a alteração da natureza jurídica da aposentadoria do servidor público. O que antes

era bônus concedido pelo Estado tornou-se benefício previdenciário e, portanto, fez surgir duas relações distintas, a primeira de Direito Administrativo e a segunda de Direito Previdenciário (MARTINS, 2009).

Para que a Administração Pública possa alcançar seu fim precípua, que é o interesse público, é concedido a ela poderes para que melhor estruture sua organização. Trata-se do poder hierárquico que é exercido dentro de uma mesma pessoa jurídica e que faz surgir o dever de obediência dos servidores públicos. No caso destes agirem em desconformidade com as regras previstas em seu estatuto jurídico advém o direito do Estado de aplicar penalidades. É o poder disciplinar que, como já ressaltado, decorre do poder hierárquico e somente pode incidir sobre aqueles que possuem vínculo especial com o Poder Público. Tal relação jurídica é compreendida pelo Direito Administrativo e todos os direitos, vantagens e deveres que derivem desse liame são regidos pelos estatutos jurídicos que, em âmbito federal é a lei nº 8112/90. Nesse sentido, o exercício do poder disciplinar somente pode ocorrer enquanto houver a relação especial entre o servidor e o Estado.

Com a alteração da natureza jurídica da aposentadoria do servidor público ocupante de cargo público efetivo que passou a ser de benefício previdenciário, esta passou a ser regida por suas próprias regras. Dessa forma, a aposentadoria tornou-se direito decorrente do pagamento de contribuições previdenciárias e do preenchimento de outros requisitos previstos em lei. Portanto, o direito de se aposentar é independente do exercício de cargo público sendo benefício derivado de prestação paga ao Erário em caráter obrigatório, descontado de seu vencimento e que tem finalidade específica. Nesse sentido, faz-se importante os ensinamentos de Mauro Roberto Gomes de Mattos (2014, p. 20):

Assim, a ideia de prêmio que fez o legislador estabelecer a perda ou a cassação da aposentadoria do servidor inativo que houver praticado na atividade infração punível com a demissão deve ser revista, tendo em conta que o poder constituinte derivado alterou a sua natureza jurídica, passando-se para o benefício previdenciário (seguro), já não vige mais. [...] Portanto, passou a aposentadoria do servidor público a vincular-se a contribuição previdenciária mensal, afastando-se em definitivo do seu antigo caráter retributivo ligado somente ao tempo de serviço prestado aos entes de direito público.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015) também traz elucidações importantes que merecem ser mencionadas:

Sendo de caráter *contributivo*, é como se o servidor estivesse “comprando” o seu direito à aposentadoria; ele paga por ela. Daí a aproximação com o contrato de seguro. Se o servidor paga a contribuição que o garante diante da ocorrência de riscos futuros, o correspondente direito ao benefício previdenciário não pode ser frustrado pela demissão. Se o governo quis equiparar o regime previdenciário do servidor público e o do trabalhador privado, essa aproximação vem com todas as consequências: o direito à aposentadoria, como benefício previdenciário de natureza contributiva, desvincula-se do direito ao exercício do cargo, desde que o servidor tenha completado os requisitos constitucionais para obtenção do benefício.

Portanto, o fato de a aposentadoria do servidor público ocupante de cargo efetivo ter se tornado benefício previdenciário demonstra que há total desvinculação desse direito com o exercício do cargo público.

O que se observa é que após a perda do cargo, independente dos motivos que deram ensejo a tal situação, se o servidor tiver cumprido com os requisitos previstos na legislação previdenciária, haverá o direito à aposentação. Por se tratarem de relações jurídicas distintas não é mais possível que a Administração Pública aplique a sanção em comento, pois o direito a aposentadoria é regulado pelo Direito Previdenciário que tem como base o pagamento de contribuições ao Erário. Dessa forma, o direito a qualquer benefício previdenciário, dentre eles a aposentadoria, independe de quais vínculos empregatícios o segurado teve ao longo da vida e de quais os motivos acarretaram o seu fim. Nesse seguimento, Wilbran Schneider Borges Junior (2015, p. 245) afirma:

A qualquer momento, o direito de se aposentar está desvinculado totalmente do cargo, função ou emprego que detinha o servidor público. Ela é desprendida de forma intangível da atividade administrativa. Esse entendimento é utente no âmbito daquela Corte Suprema.

Por conseguinte, não é possível que em razão do poder disciplinar a Administração Pública aplique ao ex- servidor aposentado a penalidade de cassação de aposentadoria prevista, em âmbito federal, no art. 134 da lei nº 8112/90.

Como afirmado, o vínculo especial pelo qual se fundamenta o poder disciplinar do Poder Público se finda a partir do momento em que há vacância do cargo público, sendo a aposentadoria uma dessas hipóteses. Dessa forma, não existe possibilidade de ser exercido o referido poder. Ademais, pelo fato de a aposentadoria decorrer de relação previdenciária este direito somente pode ser cassado se for constatada alguma irregularidade quando de sua concessão. Esse é o entendimento de Bruno Sá Freire Martins (2009):

Ora, no atual sistema contributivo de Regime Próprio, o aposentado não mais é um servidor público. Ao se aposentar, há vacância do cargo e não se poderia mais romper um vínculo funcional não mais existente, através da cassação de aposentadoria, em razão do mau serviço prestado. Preenchidos os requisitos de fruição do benefício em um sistema contributivo, a aposentadoria não pode ser cassada por motivo relacionado a atos de serviço (por exemplo, desídia), mas somente se houver vício no preenchimento dos pressupostos de aposentação, como é o caso de fraude em contagem de serviço. Da mesma forma que no regime do INSS, se um empregado preencher os pressupostos para aposentadoria, tem direito a ela e a má qualidade de seu trabalho na empresa não pode ser motivo para desconstituição do ato previdenciário, não se pode aplicar a sanção de cassação de aposentadoria nos Regimes Próprios, instituto que não teria sido recepcionado pelas emendas constitucionais.

4.6 VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E RAZOABILIDADE

Por fim, a penalidade de cassação de aposentadoria do servidor público federal (art. 134 da lei nº 8112/90) afronta, ainda, os princípios da moralidade administrativa e razoabilidade.

Como já ressaltado, a moralidade administrativa é princípio constitucional expresso, previsto no art. 37, caput da Constituição Federal, que vincula a atividade da Administração Pública. Desse princípio resulta que os agentes públicos devem balizar sua atuação fundamentados nos preceitos da boa-fé de conduta, nos bons costumes e na moral. Em razão de exercerem múnus público é obrigação do servidor público que ao buscar o interesse coletivo aja não apenas atrelado à lei, mas que dirija sua conduta visando o trato honesto da função administrativa.

A preocupação do legislador em garantir que a moralidade fosse observada pelo Poder Público transformou tal qualidade em requisito de validade do ato administrativo, dessa forma a não observância de tal princípio não gera a revogação do ato por ser inoportuno ou inconveniente, mas sua anulação, em virtude de ser ilegal. Essa afirmação decorre dos ensinamentos de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2011, p. 191- 192):

O princípio da moralidade torna jurídica a exigência de atuação ética dos agentes da Administração Pública. A denominada **moral administrativa** difere da moral comum, justamente por ser **jurídica** e pela possibilidade de **invalidação** dos atos administrativos que sejam praticados com inobservância deste princípio. É importante compreender que o fato de a Constituição haver erigido a moral administrativa em princípio jurídico expresso permite afirmar que ela é um requisito de **validade** do ato administrativo, e não de aspecto atinente ao mérito. Vale dizer, um ato

contrário à moral administrativa **não** está sujeito a uma análise de oportunidade e conveniência, mas a uma análise de **legitimidade**, isto é, um ato contrário à moral administrativa é nulo, e não meramente inoportuno ou inconveniente.

Em conformidade com a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum. Aquela se caracteriza por garantir que a atuação administrativa, apenas fundamentada na lei, não viole de maneira grave os princípios de boa conduta, acarretando prejuízo aos bens jurídicos tutelados. A moralidade jurídica tem, portanto, o escopo de coadunar o princípio da legalidade aos anseios éticos sociais. Nesse sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello (2013, p.123):

[...] Quanto a nós, também entendendo que não é qualquer ofensa à moral social que se considerará idônea para dizer-se ofensiva ao princípio jurídico da moralidade administrativa, entendemos que este será havido como transgredido quando houver violação a uma norma de moral social que traga consigo menosprezo a um bem juridicamente valorado. Significa, portanto, um reforço ao princípio da legalidade, dando-lhe um âmbito mais compreensivo do que normalmente teria.

Por conseguinte, a moralidade administrativa visa garantir que a atuação pública seja baseada nos preceitos éticos e morais da sociedade. Portanto, qualquer conduta contrária a esses preceitos deve ser banida da Administração.

Nesse sentido, a penalidade prevista no art. 134 da lei dos servidores públicos federais fere gravemente esse princípio, pois sua aplicação gera o enriquecimento ilícito do erário.

Primeiramente cabe ressaltar que a vedação ao enriquecimento ilícito ou sem causa é princípio geral do Direito, logo, preceito que deve ser observado por todos os ramos da ordem jurídica. Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 04):

Enriquecimento sem causa é o incremento do patrimônio de alguém em detrimento do patrimônio de outrem, sem que, para supeditar tal evento, exista uma causa juridicamente idônea. É perfeitamente assente que sua proscrição constitui-se em um **princípio geral do direito**.

Desta feita, para que seja caracterizado o enriquecimento ilícito tem-se como requisitos: o aumento patrimonial de uma pessoa, a diminuição patrimonial de outra, uma relação causal entre essas situações e a inexistência de causa jurídica que a legitime. Verificando-se que houve a ocorrência desse ato antijurídico, surge àquele que teve seu patrimônio lapidado o direito de utilizar-se dos meios judiciais para compensar

sua perda. Os artigos 884 a 886 do Código Civil brasileiro versam sobre tal instituto e merecem ser mencionados:

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.

Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.

A aposentadoria, por ser benefício previdenciário, somente pode ser concedida quando o segurado verter ao longo de sua vida o número de contribuições mínimas para ter do Estado o direito ao recebimento dos provimentos durante sua inatividade. É, como já dito, característica do regime previdenciário, seja geral ou próprio, ser contributivo. Portanto, apenas com o pagamento das contribuições previdenciárias que surgirá ao segurado o direito de se aposentar.

As contribuições previdenciárias são espécie de tributo que, segundo Ricardo Alexandre (2014, p. 35) é “receita derivada, cobrada pelo Estado, no uso de seu poder de império. O dever de pagá-lo é, portanto, imposto pela lei, sendo irrelevante a vontade das partes (credor e devedor)”. Logo, trata-se de prestação pecuniária compulsória cobrada pelo Estado que, se inadimplida fará com que surja ao erário o direito de utilizar de meios que obriguem o adimplemento da obrigação. Mais uma vez, valendo-se da doutrina de Ricardo Alexandre (2014, p. 363):

A constituição de crédito tributário tem como principal efeito tornar líquida, certa e exigível a obrigação já existente. A exigibilidade impõe ao sujeito passivo o dever de adimplir a obrigação e, em caso de descumprimento, permite que a Administração Tributária promova os atos executivos necessários para o recebimento coativo do que lhe é devido.

Dessa característica decorre outra que qualifica o regime previdenciário, a saber, a obrigatoriedade. Disso resulta que aquele que realizar atividade remunerada será obrigatoriamente filiado ao regime previdenciário, seja geral ou próprio, e deverá verter contribuições previdenciárias. Com o segurado exercendo seu dever que, no caso em questão, é o pagamento das contribuições previdenciárias, há, em contrapartida, a necessidade do Estado de cumprir com sua obrigação que é a concessão de benefício previdenciário. Nessa linha, Marisa Ferreira dos Santos (2011, p. 124):

Segurados são pessoas físicas que contribuem para o regime previdenciário e, por isso, tem direito a prestações – benefícios ou serviços – de natureza previdenciária. São sujeitos ativos da relação jurídica previdenciária, quando o objeto for benefício ou serviço de natureza previdenciária. Sob o prisma da relação jurídica de custeio, o segurado é sujeito passivo.

Sendo as contribuições previdenciárias tributo de arrecadação vinculada - ou seja, seu produto deve ser utilizado pelo Estado para garantir a contraprestação previdenciária esperada pelo segurado - ocorrendo o preenchimento dos demais requisitos impostos por lei para a concessão de determinado benefício, este deve ser concedido pela Administração Pública. Nesse sentido, faz-se importante os ensinamentos de Ricardo Alexandre (2014, p. 92):

As contribuições sociais para financiamento da seguridade social (COFINS, CSLL), como a própria denominação deixa entrever, têm suas receitas vinculadas às despesas com a seguridade social, sendo, portanto, tributos de arrecadação vinculada.

Nesse liame, na hipótese do servidor público ocupante de cargo público efetivo ter realizado todos os requisitos previstos em lei para se aposentar, sendo o principal deles o pagamento de tributo, deve o Estado conceder a devida contraprestação. Wilbran Schneider Borges Junior (2015, p. 249) afirma:

A mais balizada doutrina propugna que a característica própria das contribuições, como espécie tributária autônoma, é o fato delas somente por ser instituídas para atender a finalidade específica. Ainda, tem o produto de sua arrecadação destinado a sua finalidade precípua, diferente dos impostos [...] Dessa feita, imperativo notar que a lição é de relação do poder de império, configurando-se como uma prestação imposta pelo Estado aos servidores públicos que em prospectiva deverão ser contemplados com a contraprestação estatal. Esta consubstanciada na devida e preciosa aposentadoria, provedora e eliminadora de diversos riscos sociais.

Sendo dever do Estado conceder benefício previdenciário quando o segurado satisfazer todas as exigências definidas em lei, sendo a principal delas o pagamento de tributo, este não pode se eximir de cumpri-la, sendo ato ilegal da Administração Pública a sua recusa. Por conseguinte, tendo o servidor público adquirido o direito a aposentadoria, este não pode ser atingido pelo Poder Disciplinar do Poder Público nos moldes do art. 134 da lei nº 8112/90, pois além de violar o direito fundamental a se aposentar e a segurança jurídica, gera enriquecimento ilícito da Administração Pública, ferindo, assim, a moralidade administrativa. Nessa perspectiva, Mauro Roberto Gomes de Mattos (2014, p. 12- 13):

Sob esse prisma, é necessário uma releitura do atual art. 134 da Lei no. 8.112/90, até mesmo em se tratando de penalidade disciplinar, pois é defeso pela Constituição Federal o enriquecimento sem causa do Poder Público que não possui legitimidade, como responsável pelo fundo de aposentadoria do servidor, subtrair, confiscar ou locupletar-se dos valores ali depositados que já perfazem o critério de períodos de contribuição. [...] Portanto, após a alteração do art. 40 da CF, pela EC nº 20/98, não há como a Administração Pública se locupletar do que não lhe pertence, pois todos os valores ali depositados são de titularidade do servidor, sendo os mesmos impenhoráveis, destinados ao pagamento dos proventos de inatividade.

Ainda, a penalidade de cassação de aposentadoria do servidor público prevista no art. 134 da lei n. 8112/90 viola o princípio da razoabilidade.

A razoabilidade é preceito constitucional implícito que rege as atividades legislativa e administrativa. O art. 2º, parágrafo único, VI da lei nº 9784/99, que orienta o procedimento administrativo em âmbito federal, prevê explicitamente tal princípio ao afirmar que:

Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

VI- adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

Como já elucidado, a atuação estatal deve ser balizada na busca pelo interesse público que, no Estado Democrático de Direito, é a satisfação dos direitos e garantias fundamentais. Dessa forma, não há como afirmar que os interesses públicos e privados são antagônicos entre si, sendo estes uma dimensão dos primeiros. Nesse seguimento, Isabelle de Baptista (2013, p. 69) conclui:

Portanto, o interesse coletivo que requer tratamento desigual por parte do Poder Público é o interesse que efetiva os direitos fundamentais. Para tanto, a própria Constituição assegura patamar de desigualdade para o ente estatal efetivar a satisfação do interesse público, como, por exemplo, na intervenção da Administração Pública na propriedade privada através da requisição e desapropriação; as formas de intervenção no domínio econômico, todas buscando a efetivação de outros direitos fundamentais.

Nesse sentido, o princípio da razoabilidade surge como um parâmetro dos atos do Poder Público para examinar se estes estão sendo realizados de maneira que haja a real concretização do interesse público, o que, por conseguinte, significa afirmar que os

direitos e garantias fundamentais estão sendo protegidos sem resultar na violação de algum deles, com o intuito de alcançar a justiça (Barroso, 2011).

A razoabilidade engloba três subprincípios, a saber, a adequação, a proporcionalidade e a necessidade.

Pelo princípio da adequação entende-se que deve haver uma ponderação entre o meio utilizado para atingir determinado fim. Conforme Barroso (2011, p. 282), “isto é, idoneidade da medida para produzir o resultado visado”. No caso do Poder Disciplinar da Administração Pública, o Estado possui a prerrogativa de impor ao particular com vínculo especial perante o Poder Público sanção administrativa em virtude de prática de conduta contrária ao interesse coletivo. Entretanto a imposição da penalidade não deve ser arbitrária, sendo medida que tenha como escopo não somente punir o particular, mas também que tenha caráter pedagógico para evitar condutas que violem o interesse público sem que isso resulte na violação de direitos e garantias fundamentais do agente infrator. Desse modo, a penalidade de cassação de aposentadoria do servidor público mostra-se inadequada, pois apesar de seu intuito ser o de condenar conduta grave ensejadora de demissão do infrator quando em atividade, a sanção resulta na violação clara ao direito fundamental à aposentadoria, à segurança jurídica e à moralidade administrativa, como já elucidado anteriormente. Nesse sentido, Wilbran Schneider Borges Junior (2015, p. 237):

No amparo desse argumento e da já vetusta interpretação de compatibilidade com a Constituição Federal, todas as penas disciplinares não poderão, em hipótese nenhuma, conflitar com princípios implícitos ou explícitos da ordem constitucional ou mesmo de tratados internacionais de direitos humanos [...]. Por essa razão, o enfoque da pena disciplinar de **cassação de aposentadoria** vem sendo questionada. Outrora de forma tímida, já de hodierno de forma mais incisiva até mesmo no Tribunal Constitucional.

Quanto ao princípio da proporcionalidade, é necessário primeiramente se afirmar que se trata de um dos aspectos do princípio da razoabilidade, não podendo, portanto, ser vislumbrado em separado deste preceito. Conforme Hely Lopes Meirelles (2013, p. 96):

Sem dúvida, pode ser chamado de princípio da proibição de excesso, que, em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais. Como se percebe, parece-nos que a razoabilidade envolve a proporcionalidade, e vice-versa.

O princípio da proporcionalidade impõe, fundamentado nos ensinamentos de Luís Roberto Barroso (2011, p. 282), a “ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se a medida é legítima”. Dessa forma, a Administração Pública deve observar os bens jurídicos que estão em conflito para conceder ao interesse público a medida que melhor se adequa a ele, sem que disso resulte no sacrifício de um dos bens jurídicos tutelados.

A pena de cassação dos servidores públicos que ocupam cargo efetivo federal é desproporcional, pois sua aplicação traz grandes prejuízos à sociedade sem que dessa medida resulte algum benefício, pois, conforme a ideia que vem sendo construída ao longo do trabalho monográfico, a violação de um direito individual pelo Poder Público é a violação do interesse coletivo, sendo verdadeiro autoritarismo do Estado, o que deve ser combatido. Nessa linha, Dirley da Cunha Junior (2014 apud BORGES JUNIOR, 2015, p. 241):

Não pode o Estado, a pretexto de agir em nome da supremacia do interesse público, suprimir direitos de seus cidadãos reconhecido pela ordem jurídica. O direito administrativo contemporâneo não pode mais conviver com argumentos de autoridade. O princípio da autoridade segue lugar ao princípio da dignidade humana [...] Nesse contexto, o Direito Administrativo deixa de se preocupar exclusivamente com o Estado e a Administração Pública para considerar com prioridade a pessoa humana, que da condição de simples administrado passa a ser elevada a condição de cidadão e titular de direitos.

Em prosseguimento, a penalidade de cassação de aposentadoria do servidor público federal é, ainda, medida desarrazoada imposta pelo Estado por atingir o princípio da necessidade que compõe o princípio da razoabilidade, como já mencionado.

O princípio da necessidade obriga ao Estado o dever de utilizar meios menos gravosos para obter determinado resultado que, no caso do Poder Público, é o interesse coletivo. Dessa forma, eventual uso de meio gravoso que poderia ser substituído por outro idôneo e que não acarretaria prejuízos aos cidadãos é inconstitucional.

Nesse liame, a penalidade de cassação do ocupante de cargo público efetivo é desarrazoada e, portanto, inconstitucional, por ser meio que impõe consequências graves ao cidadão em detrimento da utilização de outras vias que seriam adequadas para alcançar o objetivo do Estado.

O poder disciplinar da Administração é poder que deve ser exercido com o intuito de dissuadir a realização de condutas contrárias ao interesse público. No caso do poder disciplinar exercido sobre aqueles que possuem vínculo hierárquico com o

Estado, como é o caso dos servidores públicos, sua finalidade é a de punir o comportamento contrário ao bom serviço público que deve ser prestado. Entretanto, o uso desse poder não pode violar os princípios que regem a ordem jurídica, caso contrário estar-se-á diante de um comportamento arbitrário da Administração Pública.

Quando a penalidade de cassação de aposentadoria prevista na lei dos servidores públicos federais fora editada, a aposentadoria era direito decorrente do exercício do cargo, portanto, regida pelo Direito Administrativo, e que não colocava fim ao vínculo existente entre agente público e Estado, vez que somente havia a alteração do seu estado funcional de ativo para inativo. Entretanto, com as alterações constitucionais tornou-se benefício previdenciário o que, portanto, acarretou em direito decorrente do pagamento de contribuições previdenciárias, por sua vez, regido pelo Direito Previdenciário, e que independe do bom ou mau serviço prestado pelo segurado, sendo relação jurídica distinta (MARTINS, 2009).

Com a mudança da natureza jurídica do direito à aposentadoria, o Poder Público não pode, portanto, extrapolar o vínculo administrativo – que se finda com a aposentadoria do servidor, hipótese em que há a vacância do cargo – e atingir o vínculo previdenciário que é regido por regras próprias e que somente permite que haja a cassação da aposentadoria quando esta for concedida ilegalmente. Nesse sentido, Wilbran Schneider Borges Junior (2015, p. 235):

[...] A indisciplina deve ser combatida pela Administração Pública, mas não pode ultrapassar direitos totalmente autônomos e fundamentais do servidor, entre eles, o da aposentação. A aposentadoria é patrimônio jurídico do servidor intocável por decisão administrativa disciplinar. O direito previdenciário deve ser visto sob enfoque apartado, posteriormente à aplicação da sanção disciplinar, esta de específico e único âmbito administrativo.

Balizado em tais fundamentos, a Administração Pública deve punir o comportamento do ex- agente público que violou o interesse público, entretanto, é possível que o Estado faça uso de meios mais adequados a esse fim que não signifique a violação dos direitos à aposentadoria, a segurança jurídica, a moralidade e a razoabilidade, como é o caso da penalidade em comento. A conduta realizada pelo ex-servidor pode ser punida civil, administrativa ou penalmente, sendo possível ainda o acarretamento de reparação ao Erário. Nesse sentido, Bruno de Sá Martins (2009):

Ressalte-se, por fim, que o reconhecimento da inconstitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria jamais pode servir como estímulo a impunidade

do servidor por um ato ilícito cometido no exercício da atividade. Isto porque, existem no âmbito da responsabilidade administrativa do servidor outras penalidades que podem ser impostas aos aposentados, tais como as penas pecuniárias. Além disso, também pode este ser sancionado no âmbito penal ou mesmo civil de acordo com a gravidade da conduta praticada pelo servidor quando em atividade.

Conclui-se, dessa forma, com os ensinamentos de Di Pietro (2015):

Mas o fato é que a pena de cassação de aposentadoria deixou de existir para cada ente federativo a partir do momento em que, por meio de lei própria, instituíram o regime previdenciário para seus servidores. Isto não impede que o servidor responda na esfera criminal e no âmbito da lei de improbidade administrativa e que responda pela reparação civil dos prejuízos eventualmente causados ao erário.

4.7 POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A ADI 4882

Por todo o exposto, o presente trabalho monográfico entende que a penalidade de cassação de aposentadoria do servidor público ocupante de cargo efetivo da Administração Pública federal que esteja vinculado ao Regime Próprio dos Servidores Públicos, prevista nos artigos 127, IV e 134 da lei n. 8112/90, deve ter declarada a sua inconstitucionalidade por total incompatibilidade com o ordenamento jurídico vigente, em razão de violar o direito fundamental à aposentadoria, a segurança jurídica, a moralidade administrativa e a razoabilidade.

A penalidade em questão tornou-se conflitante frente ao regime previdenciário a partir da alteração da natureza jurídica da aposentadoria dos servidores públicos que de benefício decorrente do exercício do cargo transformou-se em benefício previdenciário em decorrência das emendas constitucionais n. 03/1993, 20/1998 e 41/2003. Entretanto, o legislador infraconstitucional, não atento a essa alteração, manteve a sanção administrativa nos moldes em que foi editada, impingindo ao cidadão, que realizou os requisitos para ter direito à aposentadoria, verdadeira arbitrariedade.

Conforme já mencionado, é dever da Administração Pública punir o comportamento contrário ao interesse público, mas a penalidade deve obedecer aos limites do ordenamento jurídico. Eventual extrapolação é abuso de poder do Estado e que, portanto, deve ser anulado, seja pelo Poder Público, em razão do princípio da autotutela, seja pelo Poder Judiciário, fundamentado no art. 5º, XXXV da CF/88 que garante ao particular que qualquer ameaça ou lesão a direito será apreciada através da

atividade jurisdicional do Estado. Nessa linha, Marçal Justen Filho (2011, p. 117- 118) afirma:

Como decorrência, não se pode afirmar, de modo generalizado e abstrato, algum tipo de supremacia absoluta produzida em favor de algum titular de posição jurídica. Nem o Estado nem qualquer sujeito privado são titulares de posição jurídica absolutamente privilegiada em face de outrem. Todo e qualquer direito, interesse, poder, competência ou ônus são limitados sempre pelos direitos fundamentais. Nenhuma decisão administrativa ofensiva dos direitos fundamentais pode ser reconhecida como válida.

Por conseguinte, a penalidade de cassação de aposentadoria dos servidores públicos não deve ser mantida no ordenamento jurídico brasileiro atual, pois é manifestação arbitrária do Poder Disciplinar da Administração Pública, que não pode, a pretexto do interesse público, aniquilar direitos fundamentais do cidadão. Nesse caso, a cassação da aposentadoria, com o intuito de penalizar o ex- servidor que cometeu falta grave quando em atividade, não é lícita diante dos direitos que viola do ex- agente público. Faz-se necessário valer-se mais uma vez dos ensinamentos de Marçal Justen Filho (2011, p. 67):

[...] A promoção objetiva dos direitos fundamentais pode conduzir a limitações aos interesses individuais. Isso não autoriza a eliminação dos direitos fundamentais de um ou de alguns indivíduos. A restrição deverá ser norteada pela proporcionalidade e promovida de acordo com processos democráticos.

Nesta feita, a punição do ex- agente público que cometeu infração deve existir, porém dentro dos parâmetros da razoabilidade, o que não se observa com a aplicação da penalidade em comento.

Nesse sentido, faz-se importante analisar a posição do Poder Judiciário frente às demandas que tenham como objeto a anulação da penalidade de cassação de aposentadoria imposta pelo Poder Público.

Importante frisar que os julgados trazidos, apesar de serem de tribunais estaduais, estão em consonância com o objeto do trabalho, pois, em regra, os estatutos estaduais e municipais seguem o mesmo caminho dos regimes jurídicos federais, inclusive no que diz respeito às penalidades cominadas.

Inicialmente, conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015), a modificação da natureza jurídica da aposentadoria do servidor público sem que houvesse a alteração nos estatutos jurídicos que previam a penalidade de cassação desse direito não foi capaz de provocar a anulação dessa sanção na via judiciária. Nesse

mesmo artigo, a autora menciona alguns julgados para ilustrar tal afirmação, como é o caso do MS 23299/SP, cujo relator foi o Ministro Sepúlveda Pertence, no qual foi mantida a decisão administrativa que culminou na cassação da aposentadoria do servidor, pois se entendia que não havia desrespeito ao princípio da segurança jurídica:

I. Cassação de aposentadoria pela prática, na atividade, de falta disciplinar punível com demissão (L. 8.112/90, art. 134): **constitucionalidade, sendo irrelevante que não a preveja a Constituição e improcedente a alegação de ofensa do ato jurídico perfeito.** II. Presidente da República: competência para a demissão de servidor de autarquia federal ou a cassação de sua aposentadoria. III. Punição disciplinar: prescrição: a instauração do processo disciplinar interrompe o fluxo da prescrição, que volta a correr por inteiro se não decidido no prazo legal de 140 dias, a partir do termo final desse último. IV. Processo administrativo-disciplinar: congruência entre a indicição e o fundamento da punição aplicada, que se verifica a partir dos fatos imputados e não de sua capitulação legal. **1. Desde que o ilícito administrativo tenha sido cometido pelo servidor ainda na atividade, é plenamente aplicável a pena de cassação de aposentadoria, não se podendo falar em ato jurídico perfeito, tampouco em ofensa a direito adquirido.** Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal (STF - MS: 23299 SP, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 06/03/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 12-04-2002).

Atualmente, averiguando-se as decisões judiciais sobre o assunto, percebe-se que não há unanimidade na matéria. Por conseguinte, há tribunais que entendem pela impossibilidade de aplicação da penalidade por ser contrária ao ordenamento jurídico, assim como existem decisões que mantêm sua aplicação.

Para ilustrar as decisões que não declararam a nulidade do ato administrativo que culminou na aplicação da penalidade de cassação de aposentadoria, traz-se o seguinte julgado proferido em sede de apelação pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, cujo relator foi o desembargador Leme de Campos:

AÇÃO ANULATÓRIA Ato administrativo Penalidade de cassação de aposentadoria, aplicada após o regular processo administrativo Prescrição Inocorrência Observância ao devido processo legal, bem como aos consectários do contraditório e da ampla defesa **Inexistência de ilegalidade na conduta da autoridade** Sentença mantida Recurso não provido **Destarte, concluiu-se que não houve abuso de poder no ato de cassação da aposentadoria já que a própria autoridade, diante dos fatos ocorridos, entendeu que houve infração disciplinar a ensejar a sanção imposta** (TJ-SP – APL: 00318055520138260053 SP 0031805-55.2013.8.26.0053, Relator: Leme de Campos, Data de Julgamento: 13/10/2014, 6ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 20/10/2014).

Entretanto, observa-se que é crescente o número de decisões que declaram a anulação da penalidade de cassação de aposentadoria, alegando que se trata de sanção administrativa contrária ao ordenamento jurídico pátrio atual. Nesse sentido, os

julgados a seguir invocam a incompatibilidade da pena com o regime previdenciário contributivo e sua conseqüente violação aos princípios da segurança jurídica e dignidade da pessoa humana:

ARGUIÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRELIMINAR DE NÃO CABIMENTO DO INCIDENTE AFASTADA. COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO ESPECIAL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 97. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ARTS. 480 E 481. REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, ART. 159. AÇÃO DECLARATÓRIA CONDENATÓRIA CUMULADA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL N. 6.843/1986, ARTS. 206, INC. VI, E 212, INC. I. **PREVISÃO DE APLICAÇÃO DA PENALIDADE DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA A POLICIAL CIVIL PELA PRÁTICA DE ILÍCITO DISCIPLINAR PERPETRADO NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES. AFRONTA AO REGIME CONTRIBUTIVO QUE REGE O SISTEMA CONSTITUCIONAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL, AO FUNDAMENTO DA DIGNIDADE HUMANA E AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ADQUIRIDO, DA SEGURANÇA JURÍDICA, DA VEDAÇÃO DE PENA DE CARÁTER PERPÉTUO OU QUE ULTRAPASSE A PESSOA DO CONDENADO E DA PROTEÇÃO AO NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, ARTS. 1º, INC. III, 5º, INCS. XXXVI, XLV e XLVII. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA, ARTS. 1º e 4º. ARGUIÇÃO JULGADA PROCEDENTE. ‘CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO PUNIDO COM DEMISSÃO. POSTERIOR CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DO DIREITO ADQUIRIDO E DA SEGURANÇA JURÍDICA. PROVIMENTO DO RECURSO ADMINISTRATIVO. APOSENTADORIA RESTABELECIDADA. O Regime de Previdência Social deve ser “entendido à semelhança do contrato de seguro, em que o segurado paga determinada contribuição, com vistas à cobertura de riscos futuros” (Maria Sylvia Zanella Di Pietro). Os proventos da aposentadoria e as pensões “não representam benefícios pela nova contribuição, mas retribuição pela contribuição paga ao longo dos trinta e cinco anos” (Kiyoshi Harada). Desse modo, o servidor que cumpriu os requisitos constitucionais – idade e tempo de contribuição (CR, art. 40)- tem direito adquirido à aposentadoria, direito que poderá exercer quando 1 [...] (TJ-SC – AG: 20120732795 SC 2012.073279-5 (Acórdão), Relator: Nelson Schaefer Martins, Data de Julgamento: 05/08/2013, Segunda Câmara de Direito Público Julgado)**

SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. Diretora de escola. Pretensão de anular procedimento administrativo e, conseqüentemente, penalidade de cassação de aposentadoria imposta. Alegação de que teria havido ofensa ao devido processo legal, contraditório, ampla defesa, motivação, razoabilidade e proporcionalidade. Inocorrência. Processo administrativo que teve trâmite legal, assegurando à autora o direito ao contraditório e à ampla defesa. Inobservância do prazo previsto no art. 277 da Lei nº 10.261/68 que não acarreta nulidade, já que ausente prejuízo à defesa. Comprovação da prática das faltas funcionais imputadas. Impossibilidade de o Judiciário valorar as provas colhidas no procedimento administrativo, por flagrante invasão de Poderes. Discricionariedade da Administração para reconhecer a falta

funcional e aplicar a penalidade correspondente. **Penalidade de cassação da aposentadoria. Insubsistência. Embora legítima a penalidade adotada pela Administração ante a gravidade dos ilícitos administrativos apurados, a cassação de aposentadoria é incompatível com a atual ordem constitucional. Emendas constitucionais nº 03/93 e 20/98. Aposentadoria que é direito subjetivo do servidor e não prêmio. Caráter contributivo e retributivo. Inteligência dos artigos 40, “caput” e 195, § 5º, ambos da Constituição Federal. Penalidade que viola a segurança jurídica e a dignidade da pessoa humana. Nulidade da penalidade aplicada. Direito da Autora de continuar a receber seus proventos.** Recurso parcialmente provido (TJ-SP – APL: 10111666220148260053 SP 1011166-62.2014.8.26.0053, Relator: Claudio Augusto Pedrassi, Data de Julgamento: 20/05/2015, 2ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 21/05/2015)

Importante trazer, ainda, decisão proferida em mandado de segurança que reconheceu a inaplicabilidade da pena por violar o princípio da razoabilidade:

MANDADO DE SEGURANÇA – Cassação de aposentadoria de Delegado de Polícia pronunciada pelo governador do Estado – Hipótese em que incumbe ao Judiciário, no controle de legalidade, a verificação dos antecedentes de fato e sua congruência com as justificativas que determinaram a decisão administrativa, ou seja, o exame dos motivos que a ensejaram – **Disciplina punitiva que deve subordinar-se ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo, no qual se contém a razoabilidade, impondo-se então a equivalência entre a infração e a sanção aplicável** — Ato administrativo impugnado que contém indicação plausível dos motivos que conduziram a autoridade apontada como coatora ao entendimento de que os fatos atribuídos ao impetrante poderiam ser tomados como de natureza grave a ponto de lhe ser aplicada a pena máxima, mostrando-se então legítima a opção adotada – **Insubsistência do ato, no entanto, pela manifesta incompatibilidade das leis que preconizam a cassação de aposentadoria como sanção disciplinar com a nova ordem constitucional, estabelecida a partir da promulgação das Ecs nºs. 03/93 e 20/98 – Aposentadoria que não mais representa um prêmio ao servidor, constituindo um seguro, ou seja, um direito de caráter retributivo face ao binômio custeio/benefício – Pena de cassação de aposentadoria que importa, ademais, em violação aos princípios da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana – Ordem concedida** (Mandado de Segurança n. 0237774-66.2012.8.26.0000. Rel. Des Paulo Dimas Mascaretti, j. 18/09/2013)

Apesar de inúmeras decisões reconhecendo a nulidade da penalidade de cassação de aposentadoria do servidor público, o Supremo Tribunal Federal ainda não reconheceu a sua inconstitucionalidade. Importante ilustrar tal afirmativa com uma decisão de 2003 proferida pelo Ministro Carlos Velloso:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA: IMPROCEDÊNCIA. Lei 8.112/90. I.- Processo administrativo disciplinar: o quadro orgânico da legalidade no que toca à apuração de faltas disciplinares dos servidores públicos, na forma da Lei 8.112/90. II.- Servidor público

submetido a processo administrativo de forma regular, no qual foi-lhe assegurado o direito de defesa. Inocorrência de cerceamento de defesa. III.- **O Supremo Tribunal Federal assentou que não é inconstitucional a penalidade de cassação de aposentadoria:** Lei 8.112/90, art. 127, IV: MS 21.948/RJ, Relator Ministro Néri da Silveira, Plenário, 29.9.94, “D.J.” de 07.12.95. IV.- Inocorrência de violação ao princípio da proporcionalidade na aplicação da penalidade. V.- R.M.S. não provido (RMS 24557 DF. Relator Min. Carlos Velloso. Julgamento em 02/09/2003. Segunda Turma. DJ 26/09/2003).

Entretanto, fundamentando-se mais uma vez no artigo de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015), esta citou acórdão proferido no RE 610290/MS, cujo relator foi o Ministro Ricardo Lewandowski, que demonstra novo posicionamento adotado frente ao caráter contributivo dos benefícios previdenciários:

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 117 DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL 53/1990. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO INSTITUÍDO AOS DEPENDENTES DE POLICIAL MILITAR EXCLUÍDO DA CORPORACÃO. CONSTITUCIONALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO IMPROVIDO. I – Compete aos Estados-membros dispor sobre os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, inclusive quanto aos direitos previdenciários. II – **O benefício previdenciário instituído em favor dos dependentes de policial militar excluído da corporação representa uma contraprestação às contribuições previdenciárias pagas durante o período efetivamente trabalhado.** III – Recurso extraordinário ao qual se nega provimento, assentando-se a constitucionalidade do art. 117 da Lei Complementar Estadual 53/1990. **Dessa forma, sua exclusão da corporação não pode repercutir nos benefícios previdenciários para os quais efetivamente contribuiu. Entender de forma diversa seria plácitar verdadeiro enriquecimento ilícito da Administração Pública que, em um sistema contributivo de seguro, apenas receberia as contribuições do trabalhador, sem nenhuma contraprestação em troca** (RE 610290 MS. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em 25/06/2013. Segunda Turma. DJ em 14/08/2013).

Nesse sentido, visando a declaração da inconstitucionalidade da penalidade de cassação dos servidores públicos, foi proposta, no Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4882 pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (Anfip) contra os dispositivos legais que preveem a aplicação dessa penalidade como decorrência do poder disciplinar da Administração Pública.

Conforme notícia publicada em 28 de novembro de 2012 no site do Supremo Tribunal Federal, a petição inicial é embasada nos seguintes argumentos:

Na ADI, a associação contextualiza a história da aposentadoria no Brasil e explica que as disposições previstas na lei em questão poderiam ser aplicadas segundo as regras previstas no século passado, “quando as aposentadorias eram uma benesse do Estado”. No entanto, a Anfip destaca que hoje esses

dispositivos são inconstitucionais porque a aposentadoria é uma “contraprestação estatal decorrente da exclusiva contribuição do próprio servidor público”. Assim, a penalidade prevista nos dispositivos contestados torna-se “verdadeiro enriquecimento ilícito da União”. [...] Diante desses argumentos, a Anfip afirma que as regras legais violam o princípio constitucional da segurança jurídica, do devido processo legal, da proporcionalidade e da dignidade humana.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 4882 foi proposta em 20 de novembro de 2012, tendo como relator o Ministro Gilmar Mendes. Em 29 de agosto de 2014 foi deferido o pedido do Sindicato dos Policiais Rodoviários Federais no Estado do Rio de Janeiro (SINPRF/RJ) para intervir como *amicus curiae*. Ainda, como pedido liminar foi requerida a suspensão da eficácia dos dispositivos da lei 8112/90 que tratam sobre o assunto.

Desde 23 de junho de 2015 o processo encontra-se concluso para o relator que ainda irá analisar o pedido em sede liminar. Espera-se que a decisão final na referente ação constitucional seja pela procedência do pedido, reconhecendo a inconstitucionalidade da penalidade de cassação de aposentadoria dos servidores públicos por total incompatibilidade com o regime previdenciário contributivo, que acarreta a violação ao direito fundamental a aposentadoria, segurança jurídica, moralidade e razoabilidade, como foi demonstrado ao longo do trabalho.

5 CONCLUSÃO

Por todo o exposto e já consagrado na doutrina e jurisprudência brasileiras, é dever do Estado efetivar o interesse público, que, apesar de ser considerado conceito jurídico indeterminado, possui limitações claras que auxiliam o aplicador do Direito - quando se fala neste engloba-se não somente o juiz, mas também o legislador e o administrador - na realização da atividade estatal.

É basilar que no Estado Democrático de Direito, o interesse público representa a satisfação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, o que encerra a ideia de que o Estado, em razão do interesse público ou do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, pode engendrar condutas que violem direitos individuais do particular em prol da sociedade.

Nesse sentido, as prerrogativas que são concedidas a Administração Pública somente são legítimas enquanto realizadas com o fim precípua de garantir a realização do Direito, o que, por sua vez ocorre quando o Estado atua de forma que haja o equilíbrio entre a situação jurídica dos particulares, o que consagra o princípio da dignidade humana, fundamento constitucional da República Federativa Brasileira.

Fazendo uma análise detida sobre os poderes administrativos da Administração Pública, em especial, do poder disciplinar que se caracteriza pela possibilidade do Estado de aplicar penalidades aos particulares que mantêm relação especial com este, é sabido que tem como finalidade punir o comportamento que ao violar norma legal, viola, em verdade, o interesse público e, portanto, merece sanção que não tem apenas caráter punitivo, mas ainda pedagógico, tendo em vista que o conhecimento do particular de que determinada conduta pode ser sancionada pelo Estado, faz com que o indivíduo repense na eventual prática do ilícito.

No entanto, é salutar que ao impor sanções ao administrado, o Poder Público deve atuar dentro dos parâmetros constitucionais e infraconstitucionais, explícitos e implícitos, que permeiam o ordenamento jurídico sob pena de sua atuação ser considerada um abuso de poder que deve, em contrapartida, ser anulada, seja pela própria Administração Pública, em razão do princípio da autotutela, seja pelo Poder Judiciário, em virtude da garantia prevista no art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988.

O objetivo do presente trabalho foi demonstrar, baseado na doutrina em torno da matéria, que a penalidade de cassação de aposentadoria do servidor ocupante de cargo

público que, no âmbito federal está prevista nos arts. 127, IV e 134 da lei nº 8112/90, é um abuso de poder perpetrado pela Administração Pública ao exercer seu poder disciplinar, pois viola direitos fundamentais do ex- agente público.

Como já ressaltado, é lícita e moral a atividade do Estado que queira repreender as infrações cometidas por aqueles que não observaram seu dever de conduta e prestaram um mau serviço quando em atividade no setor público, entretanto, essa punição deve obedecer a limites, o que não ocorre no caso da penalidade em questão.

A partir do momento em que a aposentadoria do servidor público tornou-se benefício previdenciário, em decorrência das alterações constitucionais promovidas pelas emendas à Constituição n. 03/1993, 20/1998 e 41/2003, a penalidade de cassação de aposentadoria do ocupante de cargo público efetivo perdeu seu fundamento.

A aposentadoria deixou de ser um benefício em decorrência do exercício do cargo e, portanto, regida pelo Direito Administrativo, onde os proventos da inatividade ficavam a cargo do próprio Poder Público, para ser benefício previdenciário, ocorrendo a separação de relações jurídicas distintas.

Pelo fato de ter se tornado benefício previdenciário, somente tem direito a se aposentar o servidor que, além de outros requisitos previstos em lei e na Constituição, realize o recolhimento de contribuições previdenciárias, espécie de tributo, o que, portanto, é prestação pecuniária compulsória cobrada pelo Estado.

Nesse sentido, o direito de se aposentar é independente do exercício do cargo, sendo irrelevante o bom ou mau serviço prestado pelo agente público. Para ter esse direito somente é necessário que sejam pagas as devidas contribuições por determinado lapso de tempo.

A aposentadoria, então, é direito adquirido que somente pode ser cassado quando a sua concessão se deu de forma irregular. Em outra hipótese é manifesta ilegalidade do Estado.

O não cumprimento do Poder Público de sua obrigação de conceder benefício previdenciário quando o segurado preencheu todos os requisitos para a sua obtenção é ainda verdadeira violação ao princípio da moralidade insculpido no caput do art. 37 da CF/88, pois gera o enriquecimento ilícito da Administração que não presta com o seu dever decorrente do pagamento das contribuições previdenciárias.

Ademais, a penalidade apresenta-se desarrazoada em frente ao ordenamento jurídico brasileiro, vez que é possível exigir outros meios de punição do ex- agente

infrator, nas diferentes esferas – civil, administrativa e penal - sem que para isso ocorra uma violação aos seus direitos.

Dessa forma, o presente trabalho cumpriu com seu objetivo que era o de defender a inconstitucionalidade da referida pena utilizando-se das diversas obras acerca do assunto.

A matéria, que traz diferentes posicionamentos, ainda não foi harmonizada pelo ordenamento jurídico brasileiro que espera o julgamento da Ação de Declaração de Inconstitucionalidade n. 4882 pugnando pela inconstitucionalidade da referida sanção administrativa.

REFERÊNCIAS

ADMINISTRAR. In: Michaelis: Dicionário brasileiro da língua portuguesa. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=administrar>>. Acesso em: 03 jul. 2016.

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

AMADO, Frederico. **Direito Previdenciário**. 5ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

BERTRAMELLO, Rafael. Os direitos sociais: conceito, finalidade e teorias. **Jusbrasil**, 2013. Disponível em: <<http://rafaelbertramello.jusbrasil.com.br/artigos/121943093/os-direitos-sociais-conceito-finalidade-e-teorias>>. Acesso em 02 ago 2016.

BORGES JUNIOR, Wilbran Scheneider. A inconstitucionalidade da sanção disciplinar de cassação de aposentadoria: direito de aposentar, necessidade de punição disciplinar e preenchimento dos requisitos para aposentadoria. **Revista Defensoria Pública da União**, Brasília, n. 8, p. 233- 254, jan/dez 2015. Disponível em: <http://www.dpu.gov.br/images/stories/escola_superior/arquivos/Revista/revista-8/artigo11_-_wilbran_schneider_borges_junior.compressed.pdf>. Acesso em 01 jul. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 jul. 2016.

_____. Constituição (1988). **Emenda constitucional nº 03, de 17 de março de 1993**. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm. Acesso em: 14 jul. 2016.

_____. Constituição (1988). **Emenda constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998**. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 09 jun. 2016.

_____. Constituição (1988). **Emenda constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998**. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá

outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm. Acesso em: 27 jun. 2016.

_____. Constituição (1988). **Emenda constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003**. Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3 do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc41.htm. acesso em: 27 jun. 2016.

_____. **Decreto- Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 jul. 2016.

_____. **Decreto- Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em 01 ago. 2016.

_____. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 15 jul. 2016.

_____. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em 29 jul. 2016.

_____. **Lei nº 8429, de 02 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em 15 jul. 2016.

_____. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 29 jun. 2016.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 03 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 346**. A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em 13 jul. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 473**. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante nº 13**. A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1227>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23299 SP, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 06 de março de 2002. Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14748991/mandado-de-seguranca-ms-23299-sp>>. Acesso em 03 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança RMS 24557 DF, Segunda Turma, 02 de setembro de 2003. Relator Min. Carlos Velloso. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14744210/recurso-em-mandado-de-seguranca-rms-24557-df>. Acesso em: 05 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança RE 610290 MS, Segunda Turma, 25 de junho de 2013. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Consoante+entendimento+dos+tribunais+p%C3%A1trios%2C+a+suspens%C3%A3o+de+benef%C3%ADcio+previde+nci%C3%A1rio>. Acesso em: 09 ago. 2016.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento nº 20120732795 SC 2012.073279-5 (Acórdão), Segunda Câmara de Direito Público Julgado, 05 de agosto de 2013. Relator: Nelson Schaefer Martins. Disponível em: < <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24156443/agravo-de-instrumento-ag-20120732795-sc-2012073279-5-acordao-tjsc>>. Acesso em: 04 ago. 2016.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 10111666220148260053 SP 1011166-62.2014.8.26.0053, 2ª Câmara de Direito Público, 20 de maio de 2015. Relator: Claudio Augusto Pedrassi. Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/190211098/apelacao-apl-10111666220148260053-sp-1011166-6220148260053>. Acesso em: 07 ago. 2016.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 00318055520138260053, São Paulo, da 6ª Câmara de Direito Público, 13 de outubro de 2014. Relator: Leme de

Campos. Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/147040652/apelacao-apl-318055520138260053-sp-0031805-5520138260053>. Acesso em: 05 ago. 2016.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Mandado de Segurança n. 0237774-66.2012.8.26.0000, Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, 18 de setembro de 2013. Relator: Des. Paulo Dimas Mascaretti. Disponível em: <https://flitparalisante.wordpress.com/2013/11/24/decisao-inedita-do-tribunal-de-justica-de-sao-paulo-reconhece-a-inconstitucionalidade-da-cassacao-de-aposentadoria-de-funcionarios-publicos-e-anula-penalidade-imposta-a-delegado-de-policia/>. Acesso em: 05 ago. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

CARVALHO, Matheus. **Direito Administrativo**. 4ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

CASSAÇÃO de aposentadoria de servidores é tema de ADI no Supremo. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 28 nov. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=225090>>. Acesso em: 05 ago. 2016.

DE BAPTISTA, Isabelle. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado: uma análise à luz dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito. **Revista TCEMG**. p. 55- 71, jan/fev/mar 2013. Disponível em: < <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1768.pdf>>. Acesso em 28 jul. 2016.

DE MATTOS, Mauro Roberto Gomes. Improbidade Administrativa e a aplicação da pena de perda da aposentadoria, Rio de Janeiro, 25 mar 2014. Disponível em: <http://www.gomesdemattos.com.br/artigos/improbidade_administrativa_aposentadoria.pdf>. Acesso em 25 jul 2016.

DE MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. O princípio do enriquecimento ilícito sem causa em direito administrativo. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 5, p. 01- 13, fev/mar/abril 2006. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com/revista/redae-5-fevereiro-2006-celso%20antonio.pdf>>. Acesso em 01 ago. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Cassação de aposentadoria é incompatível com regime previdenciário dos servidores. **Revista Consultor Jurídico**, 16 abril 2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-abr-16/interesse-publico-cassacao-aposentadoria-incompativel-regime-previdenciario-servidores>>. Acesso em 05 jul. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

DOS SANTOS, Marisa Ferreira. **Direito Previdenciário Esquematizado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4ª ed. Niterói: Editora Impetus, 2010.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 7ª ed. Niterói: Editora Impetus, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 2, 2013.

MARTINS, Bruno Sá Freire. A inconstitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria. **IEPREV**, 08 jul 2009. Disponível em: <<http://www.ieprev.com.br/conteudo/id/14067/t/a-inconstitucionalidade-da-pena-de-cassacao-de-aposentadoria>>. Acesso em 09 jul. 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 7ª ed. São Paulo: Editora Método, 2011.

